

PUBLIC AND PRIVATE IN CONTEMPORARY SOCIETIES



A cura di
Claudia Morgana Cascione,
Giorgio Giannone Codiglione, Paolo Pardolesi

Studies in Law
and Social Sciences **11**



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale*, 2014
2. F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, 2016
3. C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESI (a cura di), *Ius dicere in a globalized world. A comparative overview*, 2018
4. A. ZOPPINI, P. SIRENA (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, 2018
5. F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, 2019
6. A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, 2021
7. R. LUPI, *Studi sociali e diritto*, 2022
8. G. GIANNONE CODIGLIONE, L. PIERDOMINICI (a cura di), *Comparative Law in Times of Emergencies*, 2022
9. M. FILOMENO, I. ROCCHETTI, *Dati e metodi per la statistica giudiziaria*, 2023
10. M.L. VAZQUEZ, *Varieties of Religious Space. Freedom, Worship and Urban Justice*, 2024

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Collana “Studies in Law and Social Sciences”

11

PUBLIC AND PRIVATE IN CONTEMPORARY SOCIETIES

A cura di

**Claudia Morgana Cascione,
Giorgio Giannone Codiglione, Paolo Pardolesi**



RomaTre-Press
2024

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotisque(copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Edizioni: RomaTrE-Press
Roma, novembre 2024
ISBN: 979-12-5977-393-7

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *RomaTrE-Press* : svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Table of Contents

SALVATORE SICA, <i>Introduction</i>	XI
-------------------------------------	----

I - DIGITAL TECHNOLOGIES AND THE NEW PUBLIC/PRIVATE INTERFACE

MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, <i>Rivoluzione digitale: l'utilizzo degli algoritmi nelle decisioni amministrative e politiche</i>	3
ROBERTO CASO, <i>Proprietà intellettuale e scienza aperta nelle politiche dell'Unione Europea su ricerca e innovazione. Quale ruolo per il settore pubblico e l'università?</i>	15
ROBERTO D'ORAZIO, <i>Pubblicità parlamentare e diritto all'oblio</i>	33
MARIA DICOSOLA, <i>La tutela della libertà di espressione online tra pubblico e privato</i>	53
LAURA FABIANO, <i>Spazio pubblico ed interessi privati nell'era digitale: spunti comparativi in tema di voto elettronico</i>	75
ISABELLA FERRARI, <i>Tutela della proprietà intellettuale per i prodotti dell'intelligenza artificiale: riflessioni de jure condendo</i>	91
FEDERICO PERNAZZA, <i>Dal credit rating al rating ESG. Traiettorie comparate di regolazione</i>	109
YULIA RAZMETAeva, <i>Private Algorithms, Public Consequences</i>	161

II - THE FABRIC OF THE LAW: NEW SUBJECTS, NEW SOURCES

VALENTINA BARELA, <i>Space Colonization: which Regulations and in whose Interests?</i>	177
CRISTINA COSTANTINI, <i>Mutazioni normative e trasfigurazioni dell'umano. Per una ecocritica giuridica</i>	199
MARIA ROSARIA FERRARESE, <i>Gli Stati tra pubblico e privato: il ruolo delle società di consulenza</i>	215
GIOVANNI MARINI, <i>Ripensare le dicotomie, al di là del pubblico e privato</i>	237
GABRIELLA MAZZEI, <i>Open data e tutela della proprietà intellettuale: riflessioni in tema di big data come beni comuni globali</i>	289

ANGIOLETTA SPERTI, <i>La sfera pubblica delle corti costituzionali: alcune riflessioni sull'impatto di social media e live broadcast della giustizia costituzionale</i>	305
BRUNO TASSONE, <i>Intelligenza artificiale, soggettività giuridica e personalità elettronica in prospettiva di comparazione</i>	319

III - THE PUBLIC DIMENSION OF CONTRACT

VALENTINA VINCENZA CUOCCI, <i>Supported Decision Making (SDM) Agreement e meccanismi privatistici per supportare i soggetti vulnerabili nella dimensione digitale. Una prospettiva comparata</i>	357
MICAELA GIORGIANNI, <i>Una mappatura del contratto "sostenibile" nell'era del Green New Deal</i>	375
SILVIA NICCOLAI, <i>The "Social" as "Symbolic". The Distinction between Public and Private in Contemporary Societies in light of Feminist Thought (and with a digression on Surrogacy Contracts)</i>	395
SARA RIGAZIO, <i>Surfing Children: on-line services, family's private choices and public controls. The case of geo-location tracking applications on children</i>	415
GIUSEPPE ROSSI, <i>The Fading Boundaries between the Law of Copyright and the Regulation of Media Markets</i>	441
GERT STRAETMANS, JASPER VEREECKEN, <i>Recent developments in private and public enforcement of EU consumer law: which way forward?</i>	465
NOAH VARDI, <i>Euro digitale e politiche di inclusione finanziaria: questioni di design?</i>	503

IV - LAW IN TIME OF EMERGENCIES

GIUSEPPE BELLANTUONO, <i>The case for hydrogen in the global south: enhancing legal pluralism</i>	521
ALDO BERLINGUER, <i>Pubblico e privato nello sviluppo del mezzogiorno: la vicenda tormentata delle Zone Economiche Speciali</i>	545
CARLA COSENTINO, <i>Sostenibilità, marketing e false informazioni: il fenomeno del greenwashing</i>	607

EMANUELE DAGNINO, <i>Rating e algoritmi tra rapporto e mercato del lavoro</i>	623
ALFREDO FERRANTE, <i>Etichetta ambientale alimentare: tra sostenibilità e tutela giuridica del consumatore</i>	639
ROBERTA PELEGGI, <i>Misure di contrasto al reclutamento illecito di manodopera nel settore agricolo tra pubblico e privato</i>	687
DOMITILLA VANNI, <i>Environmental disasters litigation and human rights: suing the state for civil liability</i>	709

Salvatore Sica*

Introduction

The distinction between the legal categories of “public” and “private” is historically among the most controversial and, especially in the so-called era of “hyperhistory”, is marked by a lability of boundaries both at a conceptual level and in terms of practical application.

Digital transformation is among the drivers of this process, alongside the evolution of economic and social relationships, in a context that is characterized by an increase in cross-cultural exchanges and cross-contamination, in addition to environmental and social emergencies.

The privatization of aspects traditionally attributed to government, together with the increasingly public nature of relationships previously regarded as pertaining to the private sphere, raises questions in many fields of knowledge, including that of the law. The once reassuring traditional legal categories have been heavily influenced. In particular, the permanently contested divide between public law and private law nowadays is being put under ever greater pressure, revealing its limited adequacy in the interpretation of the legal implications of new social phenomena.

It is interesting to examine this subject from a diachronic perspective, albeit without claiming to be exhaustive and with the sole intention of capturing the main evolutionary trajectories of the subject.

It is well known that in the Roman paradigm, this divergence is based on the distinctiveness of public law as a point of reference for the *statum rei romanae*; the *jus publicum* is identified as a function of the *res romana*, understood as a collectivity, which is markedly different from the private nature of other relationships, that are characterised by the *spectat ad singulorum utilitatem*. And it is in the reference to the *res romana* - and its superindividual dimension - that the hendiadys public law/power is consolidated, in the sense that the former attributes precisely to itself, the power of interference in the dimension of the private, even to the detriment of the *utilitas* of the individual, based on the assumption of the pre-eminent interest of the collectivity and its institutional-state representation.

* President of the AIDC – Associazione Italiana di Diritto Comparato.

Beginning from these roots, over time there have been an infinite number of theoretical expressions and a multiplicity of historical concretizations of this principle, which have nevertheless been marked by the lowest common denominator by which the dimension of the private is “other”, as is the ordering dimension of the public sphere.

Therefore, the “great dichotomy” of legal thought has the singular fate of being constantly contested (consider the pointed Marxian criticisms), interpreted in different ways but never definitively set aside, as if it were an ontological necessity rather than a conceptual abstraction; without taking in account the diverse contexts: both in common law and civil law, in ancient societies and those of the 20th century, up until now the problem has been posed regarding the authority of a “super individual” that is capable of imposing itself on the choices of individuals. In short, it seems to be possible to agree with Bobbio on the ineluctability of the distinction, or, taking up Carbonnier that “*tout le droit se divise en deux parties: droit public, et droit privé*”; to the extent that when the compass of scholars (and societies) loses this cardinal point, there are those who go so far as to even hypothesize *le déclin du droit*.

This reflection does not interfere with the (well-founded) observation of those who note that the genesis of the distinction under consideration is in fact relatively recent and should be placed in the context of the French Revolution and the Napoleonic construction of the state, whereas quite different antinomies could be found in earlier eras: *Jus divinum/Jus humanum, Jus civile/canicum, Jus commune/Jus proprium o Jus inventum/ Jus positum*.

This aspect, indeed, pertains to the “history” of public law; and one can also adhere to the reconstruction of those who, with acuity, note that “public and private is not the law, which is one and inseparable, but the relationship (*res*) between and the subjects (*personae*) over whom the legal system regulates.” This reflection is clearly weighted with authority and is well-founded, but it must be read in light of Rousseau’s basic statement when he mentions the *lois politiques*, that is, those who “regulate the relationship of everything with everything, or of the social body with the State.”

The essence of public law, in contrast to that of private law, is precisely in the relationship of “everything with everything”, which reaches its highest historical realization in the process of constitutionalization of continental European law; if, therefore, the idea of power is coessential to the dichotomy, it is perhaps true that from 1789 onwards we no longer witness the constant metamorphosis of the foundation of the dichotomy,

especially due to the advent on the scene of the social question; it is rather a matter of taking note of the different interpretations of the distinction between the spheres of the public and the private, starting from the liberal paradigm up until the construction of the welfare state in the Italian and German post-World War II Constitutions.

In essence, the marriage between capitalism and liberalism seemed unbreakable, since they seem made for each other, the one complementing the other: the ideology of individual prerogative fueled by the wonderful and progressive fortunes of economic initiative.

Nothing had ever succeeded in undermining such a well-matched ménage, consolidated over the course of nearly two centuries. Neither Marxian ideology nor, even less, the failed historical experience of true socialism, had tainted their success.

Indeed, these perfect partners had looked at each other even more smugly in their happy coexistence in the aftermath of the fall of the Berlin Wall.

Some doubts had arisen with social democracy and, in general, with postwar democratic constitutions, but capitalism and liberalism had found themselves more united than ever before, reassured by the fact that, after all, welfare state models were still just modern and evolved variants of the original idea (individual, freedom, initiative) albeit pervaded by the need for rebalancing and redistribution.

Well, the enemy was just around the corner, ready to burst in when no one expected: technology and, above all, information and communication.

It is important to acknowledge that a series of technology-related phenomena is seriously undermining the classical freedoms of liberal constitutions with the West hardly taking any notice. The intricate interconnections of the Information Communication Society, also contribute in no small measure to making the situation even more complex.

Consider, on one hand, the U.S. Courts debating whether to use brain scanners to better learn the truth from witnesses, or the case of Canada, where they would like to use hypnosis during trials, or that of England where they want to proceed with genetic data collection as a preventive measure; it should also be noted that the Geneva Convention and *Habeas Corpus* itself has been “suspended” in many recent cases, while GPS allows global control over an individual’s every movement, the secrecy of correspondence has become evanescent, wiretapping is the rule, and parents’ associations want to impose electronic bracelets on teenage children. Not to mention, on the other hand, the uncontrolled circulation of personal data on the Internet.

In short, everywhere, and specifically in the West, our classic freedoms are at risk in this moment of the triumph of economic liberalism.

The question arises of whether or not the price of progressively reducing the protection of individual prerogatives in order to achieve the “revenue” of global, incessant, uninterrupted communication, is justified.

And again: is the direct relationship between the growth of the “Communication Society” and the increase in the opacity of the actors and stage-holders of the “global theater” acceptable?

These are, on closer inspection, different characteristics of the same, multifaceted, inescapable phenomenon.

But while there is one dimension of the issue pertaining to the breakdown of the hendiadys “freedom of enterprise-guarantee of social progress,” there is also another, far deeper dimension that must be grasped with extreme lucidity: without the apparatus of ideas and values that justified its foundation, with the institutions of the liberal tradition in greater trouble every day, on the normative front, the balance of power, the affirmation of established sovereignty, business activity aspires to self-referentiality, cultivating it as a value; multinational corporations feel “self-sufficient” in the justification of their own existence, of mutual agreements, of intertwined battles, with competition, indeed, becoming itself, in the same moment, a value, a criterion of selection and even a “guarantee” for citizens.

I - DIGITAL TECHNOLOGIES AND THE NEW
PUBLIC/PRIVATE INTERFACE

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi

*Rivoluzione digitale: l'utilizzo degli algoritmi
nelle decisioni amministrative e politiche*

SOMMARIO: 1. L'intelligenza artificiale nella decisione amministrativa – 2. Il nuovo regolamento UE sull'intelligenza artificiale – 3. Intelligenza artificiale e decisione politica – 4. Una nuova declinazione del principio di sussidiarietà?

1. *L'intelligenza artificiale nella decisione amministrativa*

Nell'era della rivoluzione digitale assistiamo sempre più di frequente alla sostituzione di ciò che è reale, percepibile, tradizionale con entità virtuali inafferrabili e intangibili, in cui l'apporto dell'uomo cede il passo alla tecnologia (pensiamo al fenomeno ChatGPT, ai vari Chatbot, agli avvocati robot).

Tutto ciò, se da un lato rischia di provocare un arretramento socio-culturale, dall'altro può apportare significativi vantaggi, purché ci si affidi a una regolamentazione chiara e precisa.

Questa esigenza è avvertita sensibilmente con riguardo all'utilizzo dell'IA nelle decisioni amministrative e politiche.

Sempre più di frequente si assiste, infatti, all'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di software mediante i quali vengono creati algoritmi che supportano la pubblica amministrazione nella definizione di decisioni amministrative.

Occorre comprendere se possa dirsi compatibile l'utilizzo di algoritmi con lo svolgimento dell'attività amministrativa e in che modo l'uso dell'IA. incida sulla sequenza procedimentale di formazione della decisione amministrativa.

Sebbene, infatti, siano molteplici i vantaggi conseguibili attraverso l'uso di sistemi di I.A. in termini di efficienza e di celerità, non possono essere sottaciuti gli elementi di criticità cui essi vanno incontro.

In primo luogo, occorre porre al riparo il cittadino da una pericolosa opacità dei processi decisionali che rende non comprensibili le motivazioni

giuridiche e i presupposti di fatto sottesi al meccanismo algoritmico utilizzato nelle decisioni. In tal senso è importante che la logica su cui si fonda l'algoritmo e le regole che ne disciplinano il funzionamento siano comprensibili e intellegibili, dalla fase progettuale a quella di messa in atto.

Allo stesso modo è fondamentale assicurare la perdurante validità e la ratio della partecipazione procedimentale, presidio di garanzia per i singoli.

Peraltro, ammettere *tout court* l'adozione di procedure decisionali automatizzate può comportare una deresponsabilizzazione dell'uomo e una delegittimazione delle procedure. In questa prospettiva, si evoca il diritto a una "riserva di umanità" all'interno dei processi automatizzati che consenta di controllare, validare o smentire la decisione amministrativa automatizzata.

L'obiettivo deve essere quello di «governare con l'I.A., governando l'I.A.» (come pure è stato detto) con la finalità di garantire la creazione di sistemi affidabili e funzionanti nel rispetto dei principi etici e dei diritti della persona.

La sfida reale è, allora, assicurare che lo sviluppo tecnologico non si traduca in un'involuzione dei rapporti procedimentali che, andando anacronisticamente in direzione autoritaria e asimmetrica, arrechi una diminuzione di garanzie e tutele per i soggetti coinvolti dall'azione amministrativa.

Per tale ragione, muovendo dalle tutele previste dal GDPR, è necessario introdurre uno statuto legale della decisione algoritmica che sia in grado di riprendere il primato ontologicamente attribuito alla *lex scripta* rispetto alle regole, seppur condivisibili, elaborate dalla giurisprudenza amministrativa.

Nell'ordinamento interno, infatti, allo stato attuale, vi sono molteplici riferimenti volti all'incentivo di strumenti digitali nell'attività amministrativa; tuttavia, manca una fonte specifica che regolamenti l'uso delle intelligenze artificiali a tutela dei diritti dei singoli.

Neanche la legge generale sul procedimento amministrativo, contiene riferimenti all'IA, nonostante i plurimi interventi di riforma subiti nei decenni.

L'art. 3-bis di questa legge, ad esempio, si limita a contemplare l'utilizzo di strumenti informatici e telematici, senza andare oltre la mera previsione della digitalizzazione di servizi e procedure: sicché sembrerebbe che il legislatore consideri queste tecnologie come strumentali ad attività e servizi che, tuttavia, parrebbero continuare a mantenere la loro fisionomia naturale.

In questo senso, è possibile leggere una contrapposizione tra

digitalizzazione e IA: la prima necessaria per una evoluzione, coerente e conforme al dettato costituzionale dell'art. 97 Cost.; la seconda, invece, che, se non adeguatamente regolamentata, si espone al rischio di un regresso.

Le nuove tecnologie dentro l'amministrazione pubblica hanno avviato un cambiamento dell'organizzazione verso logiche che superano l'autoreferenzialità delle singole unità organizzative e aprono verso nuove logiche che fanno della trasparenza e della comunicazione gli "strumenti essenziali in funzione della semplificazione amministrativa, della modernizzazione e della condivisione".

Attraverso l'uso delle nuove tecnologie, infatti l'istituto della partecipazione non è più soltanto un diritto legato ad un procedimento in corso, nel quale il privato intende esercitare i relativi diritti di accesso agli atti e di presentazione delle memorie (art. 10, l. 7 agosto 1990, n. 241), ma anche diritto di partecipazione ai processi decisionali, per l'esercizio dei diritti politici e civili, attraverso le forme della consultazione preventiva per via telematica sugli schemi di atto da adottare (art. 9, d.lgs. 14 marzo 2005, n. 82).

L'introduzione delle nuove tecnologie nell'organizzazione amministrativa ha accentuato la facilità di far circolare l'informazione e di aumentare la comunicazione tra amministrazioni pubbliche e verso i privati avviando "un vero e proprio interscambio comunicativo".

L'aumentato bisogno di trasparenza sempre più preteso dai privati ha perciò avviato un modello organizzativo che ha trasformato l'amministrazione in un'amministrazione aperta (*open government*), basata sui principi della trasparenza e della partecipazione.

Peraltro, grazie all'inserimento del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni ex art 117, 2° comma sub m) e r) Cost., è stata riconosciuta la rilevanza pubblicistica dell'algoritmo nel procedimento amministrativo in forza della sua riconducibilità alla nozione di documento amministrativo e dello svolgimento di attività amministrativa sostanziale, in forza della quale le posizioni soggettive sono garantite con il riconoscimento dei diritti di partecipazione e di accesso anche al codice sorgente del software che esegue l'algoritmo (T.A.R. Lazio, sez. III-bis, 27 marzo 2016, n. 3769¹).

¹ «Deve essere riconosciuto il diritto di accesso all'algoritmo del software di gestione di un procedimento amministrativo ogni qualvolta quest'ultimo possa configurarsi come atto amministrativo cd. informatico in senso stretto ai fini che interessano della sua piena ammissibilità in sede di accesso agli atti ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990». La sentenza della sezione Terza bis del Tar Lazio, datata 14 febbraio 2017, presenta spunti di riflessione molto interessanti in quanto apre nuovi scenari conseguenti alla sempre più

Si può concludere che l'introduzione degli algoritmi nel procedimento decisionale pubblico ha avuto una duplice funzione: da un lato rinvigorire il processo di digitalizzazione dell'amministrazione digitale, dall'altro cogliere l'innovazione tecnologica nel diritto amministrativo per individuare nuovi limiti del potere amministrativo².

A tal proposito, la disciplina dell'Unione europea, seppur con riferimento al trattamento dei dati personali, offre un quadro normativo valevole anche per le pubbliche amministrazioni che legittima le decisioni automatizzate e nondimeno quelle esclusivamente automatizzate (art. 22, Regolamento 2016/679/UE), al ricorrere di talune condizioni, quali il consenso dell'interessato (art. 6, par. 1, lett. a, Regolamento 2016/679/UE), la necessità di eseguire un contratto (art. 6, par. 1, lett. b, Regolamento 2016/679/UE), l'adempimento da parte del titolare del trattamento di un obbligo legale (art. 6, par. 1, lett. c, Regolamento 2016/679/UE), la salvaguardia di interessi vitali che riguardano l'interessato o altra persona fisica (art. 6, par. 1, lett. d, Regolamento 2016/679/UE), l'esecuzione di un compito per ragioni di interesse pubblico o che sia connesso all'esercizio di pubblici poteri ad esso assegnati (art. 6, par. 1, lett. e, Regolamento 2016/679/UE) o il perseguimento di un legittimo interesse del titolare stesso (art. 6, par. 1, lett. f, Regolamento 2016/679/UE).

diffusa digitalizzazione delle attività amministrative. In tale ottica è naturale che in assenza di norme specifiche i giudici dovranno sempre di più esaminare e risolvere nuove questioni create dall'introduzione dello strumento informatico nelle procedure amministrative.

² Nella direzione di un maggiore coordinamento tecnico delle iniziative intraprese in materia pare muoversi, in particolare, l'ampliamento dei poteri di regia dell'AgID ad opera del citato d.lgs. n. 179/2016, che ha inteso concentrare in un unico organismo la gestione operativa dei processi di digitalizzazione pubblica; tali poteri riguardano, in particolare, la definizione di programmi e indirizzi unitari, lo svolgimento di controlli e verifiche dei risultati conseguiti, l'individuazione di infrastrutture condivise e di standard tecnici che riducano i costi sostenuti dalle singole amministrazioni. In merito al tema del coordinamento delle politiche di digitalizzazione, occorre ricordare, inoltre, che ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. r), Cost. il «coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale» rappresenta una materia di competenza legislativa esclusiva statale, nell'ambito della quale rientrano tutte le iniziative volte ad «assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione» e ad assolvere «all'esigenza primaria di offrire ai cittadini garanzie uniformi su tutto il territorio nazionale, nell'accesso ai dati personali, come pure ai servizi, esigenza che confina anche con la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni»; così, Corte Cost., 25 novembre 2016, n. 251, che richiama a sua volta Corte Cost., 13 febbraio 2014, n. 23; Corte Cost., 27 marzo 2013, n. 46; Corte Cost., 16 gennaio 2004, n. 17, reperibili tutte in www.cortecostituzionale.it.

L'autorizzazione da parte di una norma speciale del diritto dell'Unione o di uno Stato membro, il previo esplicito consenso dell'interessato o la necessità di concludere o eseguire un contratto sono eccezioni ove l'esclusività della decisione algoritmica è contemperata dal diritto dell'interessato di richiedere l'intervento umano, di far valere le proprie ragioni, di contestare la decisione (art. 22, comma 3, Regolamento 2016/679/UE), fatta salva in ogni caso la tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato (art. 22, comma 2, lett. b, Regolamento 2016/679/UE).

Tali eccezioni sono ipotesi conosciute dall'ordinamento italiano e che ben si conciliano con la disciplina garantistica assicurata dal diritto amministrativo, in particolare dalla disciplina sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241).

La disciplina europea sul trattamento dei dati rafforza dunque i diritti di partecipazione al procedimento tradizionalmente inteso o svolto per il tramite delle nuove tecnologie e che può perciò restituire effettività all'amministrazione pubblica.

2. Il nuovo regolamento UE

Nel mentre è intervenuto il Regolamento UE sull'intelligenza artificiale³. L'atto normativo è caratterizzato da una struttura *based risk*, da rischio inaccettabile a rischio basso, aggravando gli oneri e gli obblighi di tutela in proporzione al livello di rischio.

L' Artificial Intelligence Act mira a regolamentare tutti gli utilizzi dell'IA e, quindi inciderà anche a sull'uso degli algoritmi nella p.a.

Tuttavia, ad una prima lettura il regolamento non pare sufficiente e garantire il rispetto dei principi del procedimento amministrativo per un legittimo *agere* della p.a.

³ Al momento di licenziare queste bozze, il testo della norma è stato approvato dal Parlamento europeo e l'adozione formale avverrà nel mese di aprile 2024. L'iter seguito dal regolamento è durato tre anni: nell'aprile 2021 è stata depositata la proposta della Commissione, seguita poi dalle posizioni di Consiglio (dicembre 2022) e Parlamento (giugno 2023). Il 9 dicembre 2023 è stato raggiunto l'accordo politico sul testo e subito dopo sono iniziati i lavori di rifinitura in vista delle votazioni finali. La votazione è stata anticipata di un mese, seguendo una procedura accelerata, vista l'imminente tornata elettorale. L'obiettivo è stato comunque raggiunto in tempi rapidi, con un testo ora composto da 113 articoli e 12 allegati.

I profili rilevanti paiono solo di tangenza toccati dal regolamento. In particolare, tra i problemi che emergeranno e rispetto a cui la normativa europea appare non soddisfacente, v'è quella della natura dell'algoritmo rispetto al principio di legalità: l'attività amministrativa automatizzata dalla I.A. è un "nuovo potere" che richiede specifica norma di relazione attribuiva della facoltà, oppure l'I.A. è solo un mezzo tecnologico per manifestare la volontà della p.a.?

Una tale ricostruzione, a ben vedere, non pare collidere con il formale rispetto del principio di legalità. La norma attributiva del potere, infatti, riconosce e attribuisce la potestà impersonalmente in capo all'organo amministrativo, e non già in capo ad un soggetto "umano" specifico, di per sé ammettendo quanto meno a livello formale che il potere sia esercitato da una macchina. Se è pur in-contestabile l'approccio antropocentrico del principio di legalità, che fino ad oggi non ha dovuto porsi il problema della possibilità "non umana" di esercizio della potestà, è altrettanto vero che formalmente la titolarità del potere è di per sé incorporea.

Allo stato dell'arte, dunque, la norma attributiva del potere, pur non essendosi finora mai posta un tale problema, ben può riconoscere alla macchina la potestà alla cura di un interesse pubblico.

Di converso, ciò che difetta in caso di decisore algoritmico, è il profilo dell'imputabilità delle conseguenze. E, quindi, della "soggettività" della macchina. Il palpabile rischio è, dunque, quello di avere un esercizio di potestà amministrativa cui non si riconnetta la speculare esistenza di responsabilità per la decisione presa. Una tale, inaccettabile, carenza sarebbe ben risolta dalla ricostruzione della potestà algoritmica in termini di nuovo potere, atteso che la strutturazione della nuova funzione pubblica disciplinerebbe *ad hoc* i profili di responsabilità, senza dover adattare quelli esistenti attraverso un difficile intervento di "sartorialità" giuridica.

In contrasto con la ricostruzione innanzi rappresentata si pone, tuttavia, la circostanza che, allo stato, l'interruttore della macchina è ancora nelle mani dell'uomo, il quale è anche in grado di spegnerla forzatamente ove necessario. Dunque, all'autonomia dell'algoritmo nella capacità di elaborazione non corrisponde una pari autonomia di autodeterminazione della macchina.

È pertanto possibile riconoscere un potere ad un soggetto giuridico, privo della capacità di autodeterminarsi? Ad avviso di chi scrive, no; ed è bene che tale capacità la macchina non l'acquisisca mai.

L'Intelligenza artificiale è dunque, nel momento presente, ancora un sussidio dell'azione umana. Emerge, dunque, un rapporto di forze ove,

all'incorporea potenza di calcolo (della macchina), si oppone la corporea capacità dell'uomo di inibire, spegnendola, la macchina.

Il potere è, dunque, ancora nelle – si spera salde – mani dell'uomo che, conserva quel ruolo centrale nella dinamica dell'esercizio del potere amministrativo.

Le considerazioni meta-giuridiche innanzi offerte, pertanto, consentono di offrire una risposta, seppur pratica e poco raffinata, al quesito iniziale, sussumendo l'I.A. all'interno della “mera” pletora di strumenti organizzativi a disposizione della pubblica amministrazione.

D'altronde nel medesimo senso milita anche il profilo “oggettivo” del potere amministrativo, in un equilibrio precario che ricompone lo adombrato in apertura della trattazione.

A livello squisitamente dogmatico, infatti, la potestà amministrativa – quale declinazione del principio di legalità – si individua quale strumento servente per il perseguimento del fine pubblico. In assenza di quest'ultimo non v'è ragione di riconoscere alla pubblica amministrazione una posizione di vantaggio che, se priva di una direttrice, costituirebbe puro arbitrio.

Seguendo tale incedere, si potrebbe predicare l'esistenza di un “nuovo potere” soltanto laddove l'Intelligenza artificiale persegua nuovi e differenti interessi pubblici, differentemente emergendo soltanto una nuova modalità di cura dell'interesse.

Concludendo il ragionamento circolare, pertanto, in definitiva si giunge al convincimento che – ad oggi – l'Intelligenza artificiale costituisca una modalità di esplicazione dell'*agere* amministrativo.

Tuttavia, l'approdo cui si giunge non sopsisce i timori legati alla de-lega in bianco che l'agente umano titolare del potere rischia di fare in favore della macchina. Non sfugge, infatti, che seppure qualificandola come mezzo tecnologico, l'I.A. trascende il suo profilo di “mero strumento” sostituendosi in toto – quanto meno in una fase preliminare – all'uomo nell'adottare la decisione.

Rispetto a tale abdicazione *de facto* – e non *de iure* – della facoltà decisoria (la cui natura, come si vedrà è temperata), emerge dunque la necessità di ossequiare il principio di legalità nel senso di prevedere normativamente i casi in cui il decisore umano possa sfruttare l'ausilio dell'intelligenza artificiale. Dunque, una necessità di norma che renda noto *ex ante* in quali casi si potrà essere soggetti ad una decisione algoritmica.

3. *Intelligenza artificiale e decisione politica*

Per venire alla decisione politica, si osserva che la maggioranza degli analisti economici converge nel ritenere che “i dati” siano il “petrolio nel nuovo millennio”.

Difatti, l'intero impianto dell'economia digitale si basa, ormai, sui big data, da intendersi come quella quantità di informazioni qualificate dalle cd. “quattro V”: Volume, Velocità, Varietà e Veracità.

I big data, per essere tali, devono dunque essere tanti (Volume), elaborati nel minor tempo possibile (Velocità), provenire da fonti variegata ed eterogenee (Varietà) ed essere attendibili (Veracità⁴).

Tutte queste caratteristiche devono coesistere nel medesimo momento. L'assenza di anche uno solo di tali parametri non consentirebbe un utilizzo efficace dei big data.

D'altronde, la mole enorme di dati, la necessaria velocità di elaborazione, la capacità di acquisizione eterogenea, richiedono capacità di analisi che vanno ben oltre quelle umane, infatti, soltanto un sistema di elaborazione è in grado di garantirle.

Il rapporto che pertanto lega i big data ai sistemi di Intelligenza Artificiale è un rapporto di interessenza non eludibile: infatti, se da un lato i big data non avrebbero alcun valore senza dei sistemi di I.A. in grado di elaborarli efficacemente – rimarrebbero allo stato di mere informazioni scollegate tra loro e, pertanto, inutilizzabili – dall'altro quest'ultima non potrebbe funzionare senza big data, perché non avrebbe il “carburante” per estrarre le proprie conclusioni.

Sebbene la progressiva raffinatezza dei sistemi di I.A. abbia reso i big data l'elemento centrale dell'economia digitale, ampliando a dismisura le applicazioni pratiche di tali dati, non ci si può esimere, tuttavia, dall'evidenziare il “lato oscuro” dei big data.

Il caso *Cambridge Analytica* ed il caso *Datagate* hanno dimostrato come l'utilizzo “non etico” dei big data da parte di soggetti privati possa condurre ad una vera e propria manipolazione di massa dell'opinione pubblica, indirizzando le scelte, anche politiche, della collettività.

D'altronde, le operazioni di raccolta, analisi e correlazione dei dati che gli algoritmi compiono, non sono neutrali. Il codice che li governa può essere il prodotto di ben precise dimensioni culturali o ricollegarsi a interessi economici o politici specifici, restituendo una realtà alterata e talora “discriminatoria”.

⁴ L'attendibilità è concetto diverso dall'autenticità; anche un dato non autentico, ma della cui inautenticità si è certi, è potenzialmente un dato attendibile.

Ecco, quindi, algoritmi aventi pregiudizi razziali – come *Compas*, utilizzato dalla giustizia penale americana – o razzisti, antisemiti e misogini come Tay, bot di Microsoft impersonante un utente virtuale adolescente, avente simpatie naziste. Sono le c.d. *AI-driven discriminations*.

Proprio in ragione della vastità e gravità delle problematiche discriminatorie correlate agli algoritmi si è parlato di essi addirittura come di «armi di distruzione matematica», in grado di aumentare il livello di disuguaglianza nelle nostre società.

Una tale prospettiva di utilizzo dei sistemi di I.A. risulta quanto meno inquietante. Tuttavia, specularmente a tali usi “patologici” (o forse semplicemente “non etici”) dei big data e della relativa I.A., merita di essere indagata la possibilità di utilizzo di detti sistemi, non per manipolare l’opinione della collettività (e dunque le sue scelte) ma, al contrario, per indirizzare le scelte dell’apparato politico verso le esigenze della collettività.

L’ipotesi è affascinante: utilizzare i megadati per “profilare” le esigenze dei cittadini e permettere scelte politiche che siano maggiormente aderenti alla volontà popolare, così arricchendo ed offrendo un nuovo paradigma della “sovranità popolare”.

Recuperando una condivisibile definizione, la decisione di indirizzo politico si sostanzia nella scelta attraverso la quale certi interessi o certi tipi di interessi finiscono per essere considerati pubblici⁵.

Sfruttare i sistemi di I.A. per “acquisire” direttamente – senza il filtro della rappresentanza parlamentare – il dato relativo a ciò che la collettività considera effettivamente di “interesse pubblico”, potrebbe significativamente “orientare” le scelte di indirizzo politico in un modo totalmente nuovo.

Esperimenti in tal senso già sono stati inaugurati, si pensi al caso neozelandese del politico virtuale che interagisce con i cittadini tramite chatbot.

Tuttavia, anche un tale sistema non è scevro dai rischi propri dei sistemi di I.A. applicabili alla collettività: vari esempi hanno dimostrato come l’interazione diretta con i privati abbia portato a risultati discriminatori, come nel caso *Compas*.

Sennonché, è intuitivo che tali rischi, più che risiedere nei dati acquisiti, siano la conseguenza di un’errata strutturazione dell’algoritmo di I.A. I dati, infatti, per loro stessa natura sono neutri, acquisendo determinate caratteristiche in ragione della modalità di elaborazione.

Dall’altro lato, va riconosciuto un effetto particolarmente performante

⁵ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna 2018, p. 2.

di un tale sistema complessivo, legato al fatto che, analizzando una enorme mole di dati, eterogenei tra loro, l'algoritmo sia in grado di estrarre un modello che analizzi il problema sotto tutte le sfaccettature.

Diversamente, l'essere umano, tende, per propensione psicologica, ad analizzare e valutare una situazione soltanto da una determinata prospettiva, riveniente dalla sua posizione sociale, dal suo grado e tipo di istruzione, dalle sue convinzioni educative e convenzioni sociali, secondo il noto adagio per cui «se possiedi un martello, ogni problema ti si presenterà sotto forma di chiodo».

Tuttavia, le due V del Volume e della Varietà dei big data, potrebbero permettere l'acquisizione e la elaborazione di dati che affrontino le singole fattispecie sotto molteplici aspetti, coincidenti appunto con le varie prospettive espresse dai singoli *cives*, garantendo un'analisi molto più completa delle questioni.

Va peraltro evidenziato che un simile utilizzo degli strumenti di I.A. imporrebbe di rimeditare alcuni principi fondanti il nostro sistema di diritto pubblico.

4. *Una nuova declinazione del principio di sussidiarietà?*

Si evidenzia come, una così pregnante partecipazione della collettività al farsi delle decisioni pubbliche, comporterebbe una nuova dimensione del principio di partecipazione e, di riflesso, del principio di sussidiarietà orizzontale.

Non sfugge a chi parla che la dottrina tradizionale separa volutamente partecipazione e sussidiarietà orizzontale⁶; tuttavia, la dirompente portata dell'innovazione digitale impone di rimeditare tali conclusioni.

⁶ U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Dem. dir.*, 2006, 3, p. 4: «Vi è poi un altro riferimento che, per quanto problematico, non dovrebbe essere escluso dall'area della riflessione (anch'esso non può qui essere trattato se non di scorcio): il riferimento al principio di sussidiarietà, in senso orizzontale (nella relazione cioè poteri pubblici/cittadini). La sua esplicita introduzione in Costituzione, attraverso la riforma del titolo V, nell'art. 118.4, come principio che regge tutti i livelli del pubblico potere, pone l'interrogativo se in esso vada vista l'inclusione anche del principio partecipativo o se si tratti di nozioni e dunque di principi contigui ma differenziati. Per chi scrive – tenuto conto che la sussidiarietà si alimenta di entità sociali capaci di organizzazione, di competenze e di un certo volume di risorse proprie – è più probabile la seconda costruzione, e in tal caso si porrà il problema di vederne i reciproci rapporti che, in linea generale, saranno di complementarità ma che potrebbero anche conoscere zone di rivalità».

Ad oggi, pertanto, proprio in ragione delle innovazioni tecnologiche applicate al diritto, dovrebbe trovare maggiore spazio l'interpretazione del principio di sussidiarietà come concetto relazionale che mette in rapporto parti diverse, lo Stato e le Regioni, gli enti territoriali e quelli funzionali, le istituzioni e i cittadini, in modo che la scelta di indirizzo politico avvenga in favore dell'ambito più vicino agli interessati.

Seguendo tale ricostruzione, è evidente che un più penetrante ingresso della volontà popolare "diretta" (non filtrata dalla rappresentatività parlamentare) nelle decisioni politiche, anche centrali, comporterà un rafforzamento della sussidiarietà orizzontale, tanto direttamente, quanto indirettamente: ossia, la partecipazione diretta del cittadino alla decisione, "anticipa" il rispetto della sussidiarietà già al momento di indirizzo, creando un collegamento diretto e più efficace con il momento applicativo della sussidiarietà da parte della libera attività privata.

È pur vero che le suggestioni fin qui riferite non sono sufficienti a superare – allo stato – i dubbi e le derive che potrebbero verificarsi in caso di concreta applicazione dell'I.A. alla politica.

D'altronde, estremizzando i concetti qui sinteticamente espressi, se si demandassero integralmente le decisioni di indirizzo politico ad un sistema di I.A., si annienterebbe completamente tutto il dibattito politico, snaturando l'essenza stessa della politica che è quella di sintesi tra posizioni "politiche" differenti.

L'I.A., infatti, esprimerebbe una posizione "unica", frutto dell'elaborazione di uno specifico algoritmo. Pertanto, si condividono sul punto le perplessità della dottrina nei confronti di una potenziale delegazione totale della funzione politica ai sistemi di I.A.

Inoltre, appare concreto il rischio che un sistema di I.A., proprio perché recepisce le istanze dirette della collettività, le cui valutazioni sono inficiate da *bias* come la limitata prospettiva di analisi di un fenomeno, possa giungere ad una decisione di stampo prettamente populista, priva di quei "tecnicismi" non compresi dalla maggioranza dei *cives* ma che garantiscono il perseguimento dell'interesse pubblico.

Per di più un eccesso di "automazione" potrebbe addirittura ridurre così tanto la necessità della cooperazione sociale, al punto da rendere le decisioni politiche meno rispondenti ai desideri della collettività.

Per converso, non può che guardarsi con favore ad un sistema di I.A. che, lungi dal sostituirsi completamente, affianchi il decisore politico nelle sue scelte.

Ed anzi, le applicazioni sarebbero già possibili ed immediate.

E, al fine di raggiungere un punto di equilibrio tra l'esigenza del

contraddittorio politico e l'efficacia dell'I.A. nell'elaborare (potenzialmente) le istanze dirette dei cittadini, potrebbe predicarsi la previsione di sistemi di I.A. che operino una valutazione "a valle" dell'azione politica, consentendo la normale esplicazione della funzione parlamentare e al più introducendo *ex post* eventuali correttivi che dovessero palesarsi come necessari all'esito dei modelli espressi dal sistema di I.A.

Conclusivamente, bisogna stare ben attenti a non farsi sedurre dal mito di Prometeo portatore di fuoco, in cui il progresso è visto come beneficio assoluto ed incontestabile.

Nessun oscurantismo, sia chiaro, ma – certamente – un sano “dosaggio” dell'innovazione, per rendere la “ricetta” della sussidiarietà ben bilanciata.

ABSTRACT

Digitalization and simplification are the key concepts for the reform and modernization of public administration, to reduce bureaucracy in processes, reduce time and costs for citizens and businesses and make the entire administrative apparatus more efficient.

The introduction of artificial intelligence into public action is placed in this perspective which, however, suffers from the absence of an adequate regulatory framework to safeguard the rights of individuals.

We are seeing more and more frequent use in public administrations. of software for the creation of computer algorithms, ordered sequences of calculation operations, which support the p.a. in defining decisions; this mechanism replaces the traditional human decision method; it, however, does not present a specific regulation that delimits the margins of action, placing this burden on the interpreter.

The first problem to address is, therefore, whether the use of algorithms can be said to be compatible with carrying out administrative activities.

Jurisprudence tends to respond positively to this question: the use of the algorithm can represent, after pre-determination of the selection criteria, a tool for simplifying and speeding up administrative activity, abstractly impartial and free from human error. From this perspective, even political decisions can be controlled by the algorithm, giving rise to a new declination of the principle of subsidiarity.

Here a second question arises which aims to investigate the relationship that exists between secrecy and transparency in public decisions, protecting the citizen from a dangerous opacity that makes the legal motivations and factual assumptions underlying the algorithmic mechanism used in decisions incomprehensible. It is about seeking the balance between innovation and tradition, in the wake of the constitutional and procedural guarantees typical of the public administration. even when it makes use of automation in decision-making processes.

KEYWORDS: Digital Revolution; Algorithms; Administrative Law; Political Decisions.

Roberto Caso

*Proprietà intellettuale e scienza aperta
nelle politiche dell'Unione Europea su ricerca e innovazione.
Quale ruolo per il settore pubblico e l'università?*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'esperienza pandemica: cenni al dibattito sul diritto umano alla scienza e proprietà intellettuale – 3. Le politiche dell'Unione Europea su pubblicazioni scientifiche e brevetti universitari in ambito biomedico – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il complesso rapporto tra proprietà intellettuale e scienza aperta merita di essere indagato con riferimento a uno dei più importanti centri di produzione della ricerca e dell'innovazione: l'università.

In un modello stilizzato e ideale di ricerca e innovazione nel contesto di un sistema capitalistico di libero mercato ci sono, a monte, il settore pubblico e le università che creano ricerca di base attenendosi ai principi della scienza aperta e, a valle, un mercato concorrenziale che effettua ricerca applicata, produce e commercializza nuove tecnologie servendosi di diritti di proprietà intellettuale. La concorrenzialità del mercato spinge verso il basso il prezzo della tecnologia, in modo da garantire attraverso contratti o mediante meccanismi redistributivi (ad es. sovvenzioni pubbliche) l'accesso all'innovazione.

Tuttavia, questo modello occulta gli attriti tra proprietà intellettuale e scienza aperta¹.

¹ P. DAVID, *Can «Open Science» be Protected from the Evolving Regime of IPR Protections?*, *Stanford SIEPR Discussion Papers*, 2003, pp. 1-27, p. 1: «Increasing access charges and transactions costs arising from monopoly rights in data and information adversely affect the conduct of science, especially exploratory research programs. The latter are critical for the sustained growth of knowledge-driven economies, and are most efficiently pursued in the “open science” mode. In some fields, informal cooperative norms for timely sharing of access to raw data-streams and documented database resources are being undermined by legal institutional innovations that accommodate the further privatizing of the public domain in information. A variety of corrective measures are needed to restore proper balance to the IPR regime».

Un primo esempio di attrito attiene alle pubblicazioni scientifiche. Si assuma che la legge del Paese X preveda che, quando un ricercatore afferente a un'università, pubblica un articolo scientifico egli è l'unico titolare del diritto d'autore. In altre parole, l'università a cui afferisce il ricercatore non può vantare alcun diritto sull'articolo scientifico. Nasce un dilemma in capo al ricercatore.

Opzione 1). Il ricercatore cede i diritti economici d'autore a un big publisher (una grande impresa dell'editoria scientifica e dell'analisi dei dati) del Paese Y che pubblica su una rivista digitale contenuta in una banca dati online ad accesso chiuso. Chiunque voglia leggere, riprodurre o comunicare al pubblico l'articolo deve stipulare con l'editore un contratto di licenza d'uso della banca dati pagando un prezzo per la fruizione degli usi concessi in licenza (a meno che non si faccia ricorso a siti come Sci-Hub). La fruizione dell'articolo è soggetta al diritto d'autore dell'editore. Inoltre, i divieti imposti dal contratto di licenza sono supportati da misure tecnologiche di protezione. Il file dell'articolo si trova in banche dati in un server localizzato in un Paese W. Senza login e password non è nemmeno possibile accedere all'articolo scientifico online. Questa opzione ha conseguenze internazionali. L'università del Paese X traferisce dati nei Paesi Y e W. Il ricercatore del Paese a basso reddito Z non può accedere all'articolo scientifico perché né lui né l'università a cui afferisce può permettersi di pagare il prezzo per l'accesso alla banca dati. Ma vi è di più. L'editore (impresa di analisi dei dati) può applicare alla fruizione della banca dati le logiche del capitalismo della sorveglianza monitorando il comportamento di chi accede e usa i contenuti della banca dati. Non c'è solo un trasferimento di denaro e dati scientifici ma anche di dati personali dalla persona che utilizza la banca dati all'editore (impresa di analisi di dati).

Opzione 2). Il ricercatore pubblica, senza pagare un prezzo, l'articolo sulla rivista online in accesso aperto edita dalla propria università (nel gergo della materia si usa l'espressione Diamond Open Access). Il ricercatore applica all'articolo una licenza di diritto d'autore aperta come una licenza Creative Commons Attribution – Share Alike. In questo scenario il file digitale dell'articolo si trova un archivio ad accesso aperto collocato su server di proprietà dell'università. Tutti coloro che accedono online all'archivio hanno il diritto di scaricare una copia dell'articolo, riprodurlo, distribuirlo. Inoltre, hanno il diritto di trarre un'opera derivata – ad esempio, una traduzione in lingua differente – e pubblicarla su un altro archivio ad accesso aperto con la stessa licenza Creative Commons. Chiunque nel mondo può fruire della pubblicazione scientifica. L'università investe nella propria editoria, non fa sorveglianza massiva e rispetta la privacy di autori e lettori.

Un secondo esempio di attrito tra proprietà intellettuale e scienza aperta concerne i brevetti universitari. Si pensi ai brevetti in campo biomedico e in particolare ai brevetti sui vaccini, oggetto di un ampio dibattito durante la pandemia di Covid-19. Si immagini che un gruppo di ricercatori dell'università del Paese X scopra un nuovo vaccino. Si assuma anche che il diritto del Paese X preveda che la titolarità dell'invenzione non spetti ai ricercatori ma all'università a cui il gruppo di ricerca afferisce. L'università si trova di fronte a un dilemma.

Opzione a). L'università brevetta l'invenzione e trasferisce, a fronte del pagamento di un prezzo, il diritto di proprietà intellettuale (il brevetto per invenzione), mediante cessione, a una multinazionale farmaceutica (big pharma) con società capo-gruppo nel Paese Y. La multinazionale aggiunge alla tecnologia brevettata la propria tecnologia segreta. Mentre il brevetto è pubblico e può essere studiato, la tecnologia segreta non è suscettibile di studio.

Opzione b). L'università rinuncia al brevetto e pubblica in accesso aperto sul web i risultati della ricerca in campo vaccinale distruggendo uno dei requisiti di brevettabilità: la novità dell'invenzione. Chiunque nel mondo può replicare le ricerche e produrre il vaccino, ma nessuno può brevettarlo.

I due casi sono estreme semplificazioni della realtà. Ma bastano a innescare il ragionamento che segue nelle prossime pagine.

Nei due casi illustrati le opzioni 1) e a) conducono a privatizzare la conoscenza generata nell'università. Il potere di determinare come possa circolare ed essere utilizzata la conoscenza si sposta dall'università a imprese private, in particolare a grandi imprese con potere di mercato (il «big» associato a *publisher* e *pharma* sottintende un potere monopolistico). Le opzioni 2) e b) portano invece a condividere la conoscenza attraverso pratiche di scienza aperta.

Cosa spinge stati (settore pubblico), organizzazioni no profit, università e ricercatori a scegliere tra privatizzazione e condivisione?

La scelta è influenzata da diversi fattori. Tra i tanti fattori, ai fini di questo scritto, occorre prendere in considerazione i seguenti: l'etica della scienza (le norme sociali), la tecnologia, le variabili economiche (ad esempio, la natura pubblica o privata del finanziamento, le prospettive di poter trarre profitto dal controllo esclusivo della conoscenza, gli investimenti organizzativi e infrastrutturali ecc.), le norme giuridiche (in particolare, quelle relative alla proprietà intellettuale), il sistema di valutazione della ricerca scientifica e la geopolitica.

Questo scritto intende focalizzare l'attenzione sulle politiche dell'Unione

Europea in materia di ricerca e innovazione. Per comprendere pregi e difetti delle politiche europee serve una buona metodologia d'indagine. Quella utilizzata nel ragionamento che segue, si ispira non solo ai consueti metodi e strumenti della comparazione giuridica, ma anche ad un nuovo movimento di idee che passa sotto il nome "Law and Political Economy" e vede tra i suoi promotori Amy Kapczynski di Yale². La premessa dalla quale parte il movimento è che politica ed economia non possono essere separate e che entrambe sono strettamente intrecciate con il diritto. In un'epoca segnata dal cambiamento climatico, dalle crescenti disuguaglianze e dalle guerre che mettono a rischio i sistemi democratici, occorre indagare i fenomeni – in questo caso, il rapporto tra proprietà intellettuale e scienza aperta – tenendo congiuntamente presenti le tre dimensioni della politica, dell'economia e del diritto.

Nelle politiche europee, da un lato crescono le azioni che promuovono la scienza aperta delle università, dall'altro si estendono i diritti di proprietà intellettuale e se ne incoraggia, presso le stesse istituzioni accademiche, l'utilizzo e il trasferimento ai privati³.

Questo duplice approccio nelle politiche che regolano il rapporto tra proprietà intellettuale e scienza aperta rappresenta una contraddizione se si ritiene che le università svolgano un ruolo rilevante, autonomo e indipendente dal mercato. In altre parole, sussiste una reale contraddizione se si tiene distinto il settore pubblico e no profit da quello privato e commerciale. Al contrario, se si vede l'università e le sue pratiche di scienza aperta come strumentali agli interessi commerciali, la contraddizione svanisce: la privatizzazione della conoscenza rappresenta la fisiologia del capitalismo accademico, e il confine tra pubblico e privato, tra università e impresa, scolora.

La privatizzazione della conoscenza scientifica è favorita dall'attuale sistema di valutazione della ricerca, essenzialmente basato su indicatori quantitativi, e dal quadro normativo della proprietà intellettuale, nonché dall'ascesa della pseudo-proprietà intellettuale, cioè di quelle forme anomale

² A. KAPCZYNSKI ET AL., *New Law and Political Economy Project Launched*, 29.04.2019, <https://law.yale.edu/yls-today/news/new-law-and-political-economy-project-launched>: «*Building on the energy of the emerging law and political economy movement, the LPE Project aims to reconnect conversations about the economy to questions of dignity, belonging, and power. The Project aims to transform legal scholarship and pedagogy by centering issues of economic power, racial and gender subordination, and meaningful democratic inclusion. It aims to move beyond postwar models of the liberal welfare state in order to develop new policy solutions, intellectual approaches, and political strategies adequate to the crises of our times.*».

³ V., ad es., CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Raccomandazione (UE) 2022/2415 del Consiglio del 2 dicembre 2022 sui principi guida per la valorizzazione delle conoscenze.*

di esclusiva, prive di limiti temporali e di ampiezza, volte al controllo di infrastrutture tecnologiche, dati e informazioni.

La privatizzazione della conoscenza materializza, nell'epoca dei monopoli intellettuali, rischi concreti per la democrazia, comprimendo l'autonomia universitaria, moltiplicando le disuguaglianze, alimentando conflitti (anche geopolitici) e ostacolando l'innovazione.

2. L'esperienza pandemica: cenni al dibattito sul diritto umano alla scienza e proprietà intellettuale

All'inizio della pandemia di Covid-19, il 9 marzo 2020, il Comitato per i diritti economici, sociali e culturali delle Nazioni Unite ha adottato il commento generale n. 25 sull'art. 15 (1) (b), (2), (3) e (4) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali⁴, riaccendendo il dibattito sul diritto umano alla scienza e sul suo controverso rapporto con la proprietà intellettuale⁵.

L'art. 15 del patto internazionale riproduce con qualche modifica la precedente formulazione sul diritto alla scienza e alla cultura contenuta nell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Il commento generale evidenzia – evidentemente, senza pretesa di originalità – che i diritti di proprietà intellettuale possono entrare in

⁴ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), 1966, art. 15:

«1. *The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone:*

(a) *To take part in cultural life;*

(b) *To enjoy the benefits of scientific progress and its applications;*

(c) *To benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author.*

2. *The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for the conservation, the development and the diffusion of science and culture.*

3. *The States Parties to the present Covenant undertake to respect the freedom indispensable for scientific research and creative activity.*

4. *The States Parties to the present Covenant recognize the benefits to be derived from the encouragement and development of international contacts and co-operation in the scientific and cultural fields».*

⁵ UNITED NATIONS, COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR), *General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 30.04.2020.

conflitto con il diritto alla scienza e altri diritti umani fondamentali come il diritto alla salute⁶.

Si pongono in esponente tre problemi:

1) la deviazione dei finanziamenti verso ricerche che garantiscono profitti attraverso i diritti di proprietà intellettuale (ad es., in campo medico e farmacologico rimangono non finanziate le ricerche sulle malattie rare);

2) la limitazione della circolazione e della condivisione di informazioni fondamentali per la ricerca (ad es., nell'editoria scientifica, la chiusura mediante proprietà intellettuale delle pubblicazioni scientifiche in costose banche dati proprietarie genera una palese ingiustizia: le pubblicazioni risultano inaccessibili a ricercatori che operano in paesi a basso reddito);

3) la barriera all'accesso ai benefici della ricerca scientifica, accesso propedeutico all'esercizio di altri diritti umani come il diritto alla salute⁷.

Per contrastare questi problemi e propiziare un bilanciamento tra diritto alla scienza e diritti di proprietà intellettuale il commento indica le misure appropriate che gli stati aderenti al patto internazionale devono adottare:

a) finanziare le ricerche che non sono attraenti per il profitto e sono invece importanti per godere dei diritti economici, sociali e culturali con impegni sia sul piano nazionale sia sul piano della cooperazione internazionale nonché ricorrere a incentivi statali diversi dal riconoscimento di diritti di proprietà intellettuale (c.d. *market-entry rewards*);

b) garantire a livello nazionale e internazionale la funzione sociale della proprietà intellettuale e un bilanciamento tra diritti di esclusiva e accesso aperto (Open Access) alla conoscenza scientifica e alle sue applicazioni soprattutto quando l'accesso aperto costituisce il presupposto della realizzazione di altri diritti umani come i diritti alla salute, all'istruzione e al cibo⁸.

Nello stesso tempo, però, il commento n. 25 non offre indicazioni

⁶ CESCR, *General comment No. 25 (2020)*, op. cit., par. 60: «*Private scientific research has been associated with the development of international and national intellectual property legal regimes, which have complex relationships with the right to participate in and to enjoy the benefits of scientific progress and its applications. On one hand, intellectual property enhances the development of science and technology through economic incentives for innovation, such as patents for inventors, which stimulate the involvement of private actors in scientific research. On the other hand, intellectual property can negatively affect the advancement of science and access to its benefits, in at least in three ways. It is necessary to tackle these three problems in order to ensure that intellectual property promotes the research and innovation crucial to the full enjoyment of economic, social and cultural rights without undermining these rights*».

⁷ CESCR, *General comment No. 25 (2020)*, op. cit., par. 61.

⁸ CESCR, *General comment No. 25 (2020)*, op. cit., par. 62.

univoche e definitive per la limitazione della proprietà intellettuale e la promozione della scienza aperta. Com'è stato già rimarcato, alcuni suoi passaggi possono legittimare persino misure di rafforzamento dei diritti di proprietà intellettuale⁹.

In definitiva, il discorso relativo al rapporto tra proprietà intellettuale e diritti umani, di cui il commento n. 25 è solo un esempio¹⁰, continua a riproporre la sua intrinseca ambiguità che attiene a scelte ideologico-politiche fondamentali. Tali scelte meritano di essere approfondite in riferimento alle politiche dell'Unione Europea in materia di ricerca e innovazione.

⁹ P.K. YU, *The Complex Interplay Between Intellectual Property and the Right to Science*, in *Boston University Law Review*, 104, 2024, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper Forthcoming, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4746394>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4746394>, pp. 1-39, p. 15: «*despite the high hopes of public health advocates and scholars that the right to science will provide a new human rights tool to resolve the tensions and conflicts between intellectual property and human rights, General Comment No. 25 does not definitively provide such resolution. In fact, just like the CESCR's earlier interpretation on the right to the protection of interests resulting from intellectual productions, 110 this interpretative comment may preserve the extant tensions and conflicts between intellectual property and human rights. Indeed, the comment may provide textual language that could be used to further strengthen intellectual property protection in four areas and thereby undermine pro-development efforts in the intellectual property arena*».

¹⁰ Sulle tensioni tra diritto d'autore e diritti umani v., da ult., C. GEIGER, B.J. JÜTTE, *Conceptualizing a 'Right to Research' and its Implications for Copyright Law: An International and European Perspective*, in *American University International Law Review*, 38(1), 2023, pp. 1-86, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4414085>, p. 7: «*While international human rights instruments suggest a balanced approach to scientific progress and the protection of the rights of authors, modern copyright law does not reflect this delicate equilibrium. Therefore, we suggest that copyright law must be adapted to take into account that research is among the rationales for providing copyright protection. For that purpose, it is necessary, even indispensable, to consider the constitutional foundations of European copyright law against the background of international human rights obligations and commitments of the EU and its Member States. From these sources, we set out to distill the essence of a European right to research and demonstrate, to the extent possible, how copyright should or must be (re)interpreted and normatively adapted to reflect the rights of researchers and society at large to access and use information that is hidden behind the walls of copyright's exclusive rights*».

3. *Le politiche dell'Unione Europea su pubblicazioni scientifiche e brevetti universitari in ambito biomedico*

Due sono gli aspetti notevoli della politica e della legislazione europea in materia di ricerca e innovazione sui quali vorrei provare ad attirare l'attenzione.

a) L'assunto che l'estensione della proprietà intellettuale (nuovi diritti di proprietà intellettuale e rafforzamento delle esclusive) condurrebbe automaticamente a maggiore innovazione. Si tratta di una sorta di equazione: più proprietà intellettuale equivale a più innovazione tecnologica.

b) Una visione strumentale dell'università finalizzata a garantire un flusso di diritti di proprietà intellettuale dalla ricerca di base (appannaggio delle istituzioni accademiche) alla ricerca applicata (appannaggio delle imprese, e in particolare delle start-up). Si tratta dell'idea alla base del Bayh-Dole Act statunitense del 1980 che, in base alle più recenti ricerche storiche, fu il frutto di un lobbying pesante delle industrie americane al fine di riorientare le politiche brevettuali della ricerca pubblica da finalità sociali a scopi prettamente commerciali¹¹. Per questi scopi, la legge riconosce, tra l'altro, alle università statunitensi finanziate da agenzie federali il diritto di brevettare le invenzioni frutto della ricerca finanziata con i soldi pubblici.

Gli europei si sono, talora, dimostrati più realisti del re. Cioè più estremisti degli americani. Per esempio, quando nel 1996 hanno introdotto il diritto sui generis sulle banche dati¹², ritenendo che ciò avrebbe dato un vantaggio competitivo alle imprese europee¹³. Assunto poi dimostratosi

¹¹ D. TRAFICANTE, *Property and Power on the Endless Frontier* (August 9, 2021), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3901914>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3901914>, p. 72: «*the technology transfer consensus and its basic rationale emphasizing commercialization were the product of a long political struggle. Mobilized politically through the National Association of Manufacturers, research-intensive industry impeded repeated attempts to use government patent policy for progressive ends and ultimately reframed the debate. Commercialization, initially developed by industry as a response to long-simmering critiques of private ownership of government-funded patents, was the surviving pillar of this conflict and eventually became the foundation of the new consensus*». Un esempio della prevalenza degli interessi commerciali su quelli pubblici è offerto dall'esperienza americana nel campo dei brevetti universitari: v. J.L. CONTRERAS, *'In the Public Interest' - University Technology Transfer and the Nine Points Document – An Empirical Assessment*, University of Utah College of Law Research Paper No. 476, in *U.C. Irvine L. Rev.*, 12(2), 2023, pp. 435-512, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3990450>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3990450>.

¹² Direttiva 96/9/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 1996, relativa alla tutela giuridica delle banche di dati, art. 7.

¹³ C. SGANGA, *Ventisei anni di direttiva database alla prova della nuova strategia europea*

disastrosamente infondato. Nell'ultima legislazione sui dati (Open Data Directive¹⁴, Data Governance Act¹⁵, Data Act¹⁶) l'UE ha tentato di arginare il diritto *sui generis*¹⁷. Resta il fatto, però, che si è scelto di tenere in vita un diritto di esclusiva il cui effetto incentivante è – a detta della stessa Commissione UE – indimostrato¹⁸.

per i dati: evoluzioni giurisprudenziali e percorsi di riforma, Diritto dell'informazione e dell'informatica, 2022, pp. 651-704, pp. 701-702: «Al tempo del suo esordio nel 1996, era già chiaro come il diritto sui generis avrebbe introdotto nel sistema di diritto d'autore europeo un elemento alieno che, seppur simile ai diritti connessi per l'identica ratio di tutela degli investimenti, portava con sé un corredo genetico del tutto nuovo ed eterogeneo rispetto alle esclusive sino a quel momento conosciute, e pertanto destinato a causare problematiche interpretative di rilievo. Dalla durata potenzialmente perpetua all'ampia e per alcuni versi indefinita estensione del contenuto, all'oggetto misto e ricomprendente anche elementi tradizionalmente in pubblico dominio come dati, fatti e informazioni, l'art. 7 Database aveva aggiunto tra i diritti di proprietà intellettuale europei una figura di difficile concettualizzazione, dalla portata pervasiva, senza adeguate eccezioni a controbilanciarne il pericoloso potenziale espansivo».

¹⁴ Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, art.1(6): «Il diritto del costituente di una banca di dati di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE non è esercitato dagli enti pubblici al fine di impedire il riutilizzo di documenti o di limitare il riutilizzo oltre i limiti stabiliti dalla presente direttiva».

¹⁵ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati), art. 5(7): «Il riutilizzo dei dati è consentito solo nel rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. Il diritto del costituente di una banca di dati di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 96/9/CE non è esercitato dagli enti pubblici al fine di impedire il riutilizzo dei dati o di limitarlo oltre i limiti stabiliti dal presente regolamento».

¹⁶ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (regolamento sui dati), art. 43: «Il diritto "sui generis" di cui all'articolo 7 della direttiva 96/9/CE non si applica quando i dati sono ottenuti o generati da un prodotto connesso o un servizio correlato che rientra nell'ambito di applicazione del presente regolamento, in particolare in relazione agli articoli 4 e 5».

¹⁷ Sull'intersezione tra EU Data Package e diritto sui generis sulle banche dati v. EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, M. ECHOU, *Study on the Open Data Directive, Data Governance and Data Act and their possible impact on research*, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/71619>; C. SGANGA, *Limiti e limitazioni al diritto d'autore nel nuovo EU Data Package: alla ricerca del sistema perduto*, in corso di pubblicazione in *Annali Italiani del Diritto d'Autore (AIDA)*.

¹⁸ V., da ult., EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR COMMUNICATIONS NETWORKS, CONTENT AND TECHNOLOGY, KARANIKOLOVA, K., CHICOT, J., GKOGKA, A. ET

L'estensione della proprietà intellettuale e la visione strumentale dell'università hanno nutrito la privatizzazione della conoscenza¹⁹ e il capitalismo dei monopoli intellettuali²⁰, deprimendo l'innovazione²¹, accrescendo la disuguaglianza e mettendo a rischio la democrazia²². Il

AL., *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Final report*, Publications Office, 2018, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/04895>.

¹⁹ M. FLORIO, *La privatizzazione della conoscenza*, Laterza, Bari-Roma 2021, p. 4: «Viviamo una situazione paradossale. La scienza dei nostri giorni nasce – sotto vari profili – come bene pubblico, ma finisce con l'essere privatizzata. Questo meccanismo di privatizzazione della conoscenza produce disuguaglianza sociale e contribuisce ad una distribuzione disomogenea dei redditi e dei patrimoni che sta minando le fondamenta degli stati e la convivenza sociale»; pp. 16-17: «Fra gli economisti gode di un certo credito anche lo strumento del ricorso a contratti di fornitura a contenuto innovativo fra organismi pubblici e imprese private allo scopo di promuovere la ricerca applicata. Questi contratti hanno raggiunto il massimo sviluppo nel settore della difesa negli USA ma anche in altri paesi. Non vi è dubbio che essi possano stimolare la R&S e le innovazioni nelle imprese fornitrici, ma non è detto siano il meccanismo più efficiente e soprattutto più equo quando finiscono per rafforzare posizioni di oligopolio, come particolarmente evidente nel caso del complesso militare-industriale degli Stati Uniti. Se si vuole sia sostenere l'accumulazione di capitale intellettuale e umano, cioè delle forme economicamente produttive di conoscenza, sia perseguire un obiettivo di giustizia sociale, il ricorso a imposte e sussidi oppure a politiche della concorrenza e di regolazione dei mercati sembra nel complesso asimmetrico. La politica suggerita in questo libro prende un'altra strada. Propongo che coalizioni internazionali di governi lancino nuovi soggetti pubblici che intervengano sulla struttura stessa dell'oligopolio, controbilanciandola dal lato dell'offerta di conoscenza e di beni e servizi che ne incorporano il valore».

²⁰ U. PAGANO, *The Crisis of Intellectual Monopoly Capitalism* (November 13, 2014), *Cambridge Journal of Economics* V. 38 pp. 1409-1431, available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2537972>>; U. PAGANO, *Il capitalismo dei monopoli intellettuali*, *Menabò Eticaeconomia*, 14 dicembre 2021, <<https://www.eticaeconomia.it/>>: «il capitalismo dei monopoli intellettuali va distinto dalle precedenti forme di capitalismo non solo per comprendere la società in cui viviamo ma anche per proporre rimedi alla tendenza verso una crescente disuguaglianza e una stagnazione forse secolare».

²¹ R.E. GOLD, *The Fall of the Innovation Empire and its Possible Rise Through Open Science* (*Research Policy*, 50(5), 2021, pp. 1-13, p. 9: «*Studies deploying different methods, measuring innovation through different means and over different time periods, collectively provide consistent and persuasive evidence that the current innovation system is becoming increasingly inefficient and unproductive. While intellectual property and other exclusive rights are critical to continued firm investment in research and development, too much intellectual property actually decreases efficiency through siloing and high transaction costs. Firms retrench to lower-risk projects. The consequence is a declining level of growth due to innovation, rendering the argument that governments ought to invest more in innovation precarious. As a result, governments curtail funding, leading university researchers to become increasingly risk-averse, particularly when facing a peer review system that rewards short term citations over long-term contribution*».

²² T. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia*, Il

quadro è ulteriormente peggiorato quando alla proprietà intellettuale si è aggiunta la pseudo-proprietà intellettuale cioè quel complesso di forme anomale di esclusiva che vanno oltre i limiti tradizionali della proprietà intellettuale e si fondano soprattutto sul controllo contrattuale e di fatto (cioè assistito dalla forza bruta della tecnologia) di dati e informazioni²³.

Per meglio comprendere il quadro occorre riprendere i due esempi introdotti nel primo paragrafo e approfondirne l'analisi.

A) *Pubblicazioni scientifiche*²⁴. Sul piano del diritto d'autore non ci sono strumenti giuridici che possano aiutare i ricercatori a praticare l'opzione 2) (condivisione della conoscenza). Il diritto di ripubblicazione in accesso aperto, introdotto in forme troppo morbide in alcuni Paesi membri, manca ancora di un'armonizzazione a livello europeo volta a renderlo un meccanismo utile a dare all'autore la libertà di praticare la scienza aperta. Il sistema delle eccezioni e limitazioni in campo scientifico è rigido, frammentario, poco efficace e di non facile coordinamento con la nuova regolazione dei dati. La Commissione UE ha messo in agenda questi temi²⁵, promosso studi²⁶, e iniziato una discussione su una nuova riforma del diritto d'autore in ambito scientifico, ma l'avvio di un nuovo processo di riforma legislativo

Mulino, Bologna 2021, p. 8: «Quello a cui ci troviamo di fronte è una “maledizione della grandezza” di livello globale che rappresenta una minaccia profonda e pericolosa tanto alla prosperità economica della popolazione più ampia quanto alla democrazia liberale stessa. Questo perché abbiamo incautamente rinunciato all'ideale della democrazia economica, dimenticandoci al contempo che la dittatura economica tende a generare dittatura politica. La precondizione operativa per la democrazia è rendere il popolo di una nazione sovrano relativamente a ciò che lo riguarda».

²³ R. CASO, *Open Data, ricerca scientifica e privatizzazione della conoscenza*, Trento LawTech Research Paper nr. 48, 2022, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, (4/5), 2022, pp. 815-836; ID., *Capitalismo dei monopoli intellettuali, pseudo-proprietà intellettuale e dati nel settore dell'agricoltura di precisione e dello smart farming: note a margine del right to repair*, Trento LawTech Research Paper series, n. 57, 2023, in *Rivista di diritto alimentare*, 17(Quaderno n. 1), 2023, pp. 36-45.

²⁴ R. CASO, *Il diritto umano alla scienza e il diritto morale di aprire le pubblicazioni scientifiche. Open Access, “secondary publication right” ed eccezioni e limitazioni al diritto d'autore*, Trento LawTech Research Paper n. 56, 2023, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 1, 2023, pp. 35-45.

²⁵ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION EUROPEAN RESEARCH, *European Research Area Policy Agenda – Overview of actions for the period 2022-2024*, Brussels, Manuscript completed in November 2021, 1st edition, B-1049.

²⁶ EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR RESEARCH AND INNOVATION, C. ANGELPULOS, *Study on EU copyright and related rights and access to and reuse of scientific publications, including open access: exceptions and limitations, rights retention strategies and the secondary publication right*, Publications Office of the European Union, 2022.

non sembra vicino. Intanto, la tecnica del bilanciamento tra diritti fondamentali applicata dalla Corte di Giustizia UE non pare in grado di incidere efficacemente sui monopoli intellettuali della comunicazione scientifica e in alcuni si muove nella direzione opposta a quella del contenimento del potere monopolistico. Sul piano della valutazione della ricerca scientifica l'UE ha promosso un dibattito finalizzato a una riforma dei processi valutativi²⁷, che però è ancora al principio del suo cammino e non è privo di ambiguità. D'altra parte, l'UE sembra aver compreso l'importanza di investire in infrastrutture pubbliche per la scienza aperta. Si iscrivono in questo quadro la creazione di archivi ad accesso aperto²⁸ e la promozione delle piattaforme editoriali per l'accesso aperto²⁹.

B) *Brevetti universitari in campo biomedico*³⁰. Nel campo biomedico, la strategia di difesa e rafforzamento della proprietà intellettuale dell'UE è rimasta sostanzialmente invariata³¹. Come è rimasta invariata la concezione

²⁷ COARA, *The Agreement on Reforming Research Assessment*, 20.07.2022, <https://coara.eu/agreement/the-agreement-full-text/>; sull'accordo v. F. DI DONATO, *Una questione di qualità o una formalità? L'Agreement on Reforming Research Assessment e il processo di riforma della valutazione della ricerca in Europa (1.0)*, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*, 2022, Zenodo, <https://doi.org/10.5281/zenodo.7433048>; COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *High-quality, transparent, open, trustworthy and equitable scholarly Publishing - Council conclusions* (approved on 23 May 2023), Brussels, 23 May 2023 (OR. en) 9616/23.

²⁸ V. Zenodo, <https://zenodo.org/>: «*Built and developed by researchers, to ensure that everyone can join in Open Science. The OpenAIRE project, in the vanguard of the open access and open data movements in Europe was commissioned by the EC to support their nascent Open Data policy by providing a catch-all repository for EC funded research. CERN, an OpenAIRE partner and pioneer in open source, open access and open data, provided this capability and Zenodo was launched in May 2013. In support of its research programme CERN has developed tools for Big Data management and extended Digital Library capabilities for Open Data. Through Zenodo these Big Science tools could be effectively shared with the long-tail of research*».

²⁹ V. Open Research Europe, <https://open-research-europe.ec.europa.eu/about/>: «*Open Research Europe is an open access publishing platform for the publication of research stemming from Horizon 2020, Horizon Europe and/or Euratom funding across all subject areas. The platform makes it easy for Horizon 2020, Horizon Europe and Euratom beneficiaries to comply with the open access terms of their funding and offers researchers a publishing venue to share their results and insights rapidly and facilitate open, constructive research discussion*».

³⁰ R. CASO, *Pandemia e vaccini: scienza aperta o proprietà intellettuale?*, 23 maggio 2021, Trento LawTech Research Paper series nr. 44, in *Rivista critica del diritto privato*, 39(2), 2021, pp. 267-286.

³¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, Bruxelles, 25.11.2020, COM(2020) 760 final: «La crisi COVID-19 ha messo in evidenza la dipendenza dell'UE da innovazioni e tecnologie essenziali e ha ricordato all'Europa l'importanza di norme e strumenti efficaci in materia di PI per garantire una rapida diffusione della PI essenziale; i

del rapporto tra università, proprietà intellettuale e innovazione tecnologica. Basti pensare a quanto accaduto durante la pandemia di Covid-19 a proposito della proprietà intellettuale sui vaccini. L'UE è stata tra i più strenui oppositori della proposta di India, Sudafrica e molti altri Paesi di sospendere i TRIPS al fine di facilitare la produzione di dispositivi medici, farmaci e vaccini³². L'esito finale è stato, a livello del WTO, un compromesso di basso profilo³³ e, a livello europeo, l'introduzione di una proposta di riforma delle licenze obbligatorie³⁴. Nello stesso tempo, l'Unione Europea non è stata in grado di sviluppare, produrre e distribuire vaccini interamente europei. Si è dovuta, in gran parte, affidare a imprese non europee come Pfizer e Moderna.

DPI e la loro importanza per un'industria farmaceutica europea competitiva e innovativa rientrano anche nella nuova strategia farmaceutica per l'Europa [...]. La rivoluzione tecnologica - con l'economia e la società dei dati, il passaggio all'intelligenza artificiale ("IA"), la crescente importanza di nuove tecnologie come blockchain, stampa 3D e Internet delle cose (IoT), nonché lo sviluppo di nuovi modelli commerciali come l'economia delle piattaforme e l'economia dei dati e circolare - offre un'opportunità unica per modernizzare il nostro approccio alla protezione delle nostre attività immateriali. Negli ultimi decenni si sono registrati progressi significativi nella creazione di un mercato unico per la PI, che ha prodotto molti benefici per l'economia dell'UE. Sono disponibili diversi strumenti per fornire soluzioni innovative alla società [...]. Rimangono però numerose lacune e debolezze nel modo in cui le imprese dell'UE proteggono il capitale immateriale e lo fanno fruttare a favore della società europea».

³² WORLD TRADE ORGANIZATION, *Waiver from Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19 – Communication from India and South Africa*, IP/C/W/669, 2 Oct. 2020.

³³ WORLD TRADE ORGANIZATION, *Ministerial Decision on the TRIPS Agreement*, (WT/MIN(22)/30, 22 June 2022; P.K. YU, *The COVID-19 TRIPS Waiver and the WTO Ministerial Decision* (June 30, 2022), in J. SCHOVSO, (ed.) *Intellectual Property Rights in Times of Crisis*, Edward Elgar Publishing, pp. 1-25, 2024, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper No. 22-48, SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=4150090>>, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4150090>>.

³⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on compulsory licensing for crisis management and amending Regulation (EC) 816/2006*, 27.04.2023, COM(2023)224. Sulla proposta v. M. LAMPING, P.H.D. BATISTA, J.I. CORREA, R. HILTY, D. KIM, P.R. SLOWINSKI, M. STEINHART, *Revisiting the Framework for Compulsory Licensing of Patents in the European Union* (March 2, 2023). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 23-07, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4381959>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4381959>.

4. Conclusioni

In un ecosistema di ricerca e innovazione dominato dal capitalismo dei monopoli intellettuali, la promozione della scienza aperta rischia di essere, nel migliore dei casi, inefficace o limitatamente efficace e, nel peggiore, uno strumento per rafforzare gli stessi monopoli³⁵.

Il modello stilizzato e ideale di innovazione tecnologica di un sistema capitalistico con a monte la scienza aperta dell'università e a valle il mercato dell'innovazione tecnologica basato sui diritti di proprietà intellettuale è distante anni luce dalla realtà attuale per diversi ordini di ragione.

a) La distinzione sbiadita tra università e azienda. Le università non sono più entità nettamente distinte dalle imprese commerciali, perché sono organizzate secondo logiche aziendali. Si tratta di una questione giuridica (architettura istituzionale e norme sulla valutazione), ma anche di etica e mentalità.

b) L'erosione della scienza aperta. Le prassi accademiche e l'etica della scienza aperta sono state progressivamente erose dal crescente ricorso da parte dei ricercatori alla proprietà intellettuale e al segreto³⁶. Tale uso estensivo dei diritti esclusiva è il frutto di incentivi non solo economici ma anche valutativi. L'uso della proprietà intellettuale innesca conflitti insanabili tra l'interesse a perseguire il progresso della conoscenza e l'interesse al profitto.

c) Il dominio dei monopoli intellettuali. I grandi monopoli intellettuali non devono necessariamente aspettare che il settore pubblico e le università decidano di trasferire la conoscenza, perché sono in grado di appropriarsene. Si pensi al crescente dominio delle big tech nel campo delle infrastrutture accademiche, dominio che si esprime non solo nell'appropriazione di dati della ricerca scientifica (ora finalizzata anche all'addestramento dell'intelligenza artificiale), ma anche di dati personali degli scienziati³⁷. Si

³⁵ Cfr. M. HAGNER, *Open access, data capitalism and academic publishing*, in *Swiss Med Wkly*, Vol. 148 No. 0708, 2018, pp.1-8.

³⁶ Già nel 1988 Robert Merton poteva affermare, p. 623: «*Current renewed tendencies toward secrecy, and not alone in what Henry Etzkowitz has described as 'entre-preneurial science', [...] will, if extended and prolonged, introduce major change in the institutional and cognitive workings of science*» (R.K. MERTON, *The Matthew Effect in Science, II: Cumulative Advantage and the Symbolism of Intellectual Property*, in *Isis*, 79(4), 1988, 606-623).

³⁷ K. MAEX, *Protect independent and public knowledge*, Jan 8, 2021, <https://uvaauas.figshare.com/>: «*What applies to the future of democracy applies equally to the future of universities and of independent education and research as vital building blocks for the organisation of knowledge. We cannot simply leave the future of knowledge to the corporate boardrooms*»; M.C. PIEVATOLO,

pensi altresì alla cattura culturale tramite il ricco finanziamento di progetti i cui risultati sono orientati agli interessi dei finanziatori privati (i monopoli intellettuali)³⁸.

d) *La geopolitica*. La geopolitica interferisce nelle dinamiche di chiusura e apertura dell'innovazione. In tempi di guerre e crescente tensione tra potenze, la chiusura della conoscenza scientifica viene usata come strumento bellico.

Per promuovere la scienza aperta intesa come scienza pubblica e democratica occorrerebbe procedere seriamente verso la demolizione dei monopoli intellettuali, a cominciare da una profonda e organica riforma della proprietà intellettuale. Ma questo sembra un compito estraneo all'agenda politica di questa e, con tutta probabilità, della prossima Commissione UE.

Rimangono le scelte individuali e le responsabilità che le accompagnano. Gli esempi da cui si sono prese le mosse alludono a quello spazio di libertà che residua in campo ai singoli ricercatori e alle singole istituzioni. In altre parole, optare per la condivisione invece che per la privatizzazione rimane una scelta possibile anche se, in molti contesti, difficile.

Ad esempio, l'Istituto di Ricerche Farmacologiche Mario Negri IRCCS ha scelto di non brevettare le proprie ricerche. Sul sito web dell'istituto la ragione dell'ostilità verso i brevetti è spiegata in un'apposita pagina: "Perché non brevettiamo le nostre ricerche?". La risposta è: "per essere liberi". Liberi da conflitti di interesse, liberi di criticare, liberi di comunicare, liberi di collaborare³⁹.

I custodi del sapere, in *Bollettino Telematico di Filosofia Politica*, 31 maggio 2021, <https://btfp.sp.unipi.it>: «La rettrice olandese [Karen Maex, n.d.r.] è consapevole che chi domina i nostri dati organizza il modo in cui possiamo vederli o no, e, traendo dagli stessi strumenti di lavoro che ci vende altri dati sul nostro comportamento, è in condizione di creare un ambiente di scelta in grado di influenzare le nostre decisioni sulla ricerca, sulla sua valutazione e sulla selezione di ricercatori e studenti»

³⁸ Sulla cattura culturale nell'ambito dell'intelligenza artificiale v. D. TAFANI, *L'«etica» come specchio per le allodole. Sistemi di intelligenza artificiale e violazioni dei diritti*, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2023, pp. 1-13, <https://commentbfp.sp.unipi.it/letica-come-specchio-per-le-allodole/>.

³⁹ ISTITUTO DI RICERCHE FARMACOLOGICHE MARIO NEGRI IRCCS, *Perché non brevettiamo le nostre ricerche*, <https://www.marionegri.it/non-brevettiamo>: «Mantenere un'istituzione di ricerca in equilibrio costante fra la necessità di trovare risorse per fare ricerca, senza rinunciare alla propria libertà, alla dignità, allo spirito critico, è impresa difficile e complicata. Soprattutto in Italia, dove i fondi pubblici sono scarsi e male utilizzati. È quindi opportuno che l'opinione pubblica impari a distinguere fra chi cura interessi personali e chi si occupa di interessi della comunità, per non far mancare il suo sostegno a questi ultimi». S. GARATTINI, *Brevettare la salute? Una medicina senza mercato*, Il Mulino, Bologna 2022,

La scienza aperta è parte integrante della libertà accademica e del dialogo cosmopolita che aiuta la cooperazione e la pace⁴⁰. Insomma, è un insieme di valori e ideali che sembra condannato alla marginalità. A meno che le nuove generazioni dentro e fuori dall'Europa non siano capaci di costruire un futuro migliore del presente che abbiamo consegnato loro.

ABSTRACT

The complex relationship between Intellectual Property (IP) and Open Science (OS) deserves to be investigated with reference to one of the most important centers of Research and Innovation (R&I): the university.

In a stylized model of R&I in the context of a free-market capitalist system, there are, upstream, the public sector and universities that create basic research following the principles of OS and, downstream, a competitive market that carries out applied research, produces and markets new technologies using Intellectual Property Rights (IPRs). The competitiveness of the market drives down the price of technology, so that access to innovation is guaranteed through contracts or redistributive mechanisms (e.g. public subsidies).

However, this model hides the friction between IP and OS. A first example of friction between IP and OS relates to scientific publications. A second example concerns university patents in the biomedical field.

This paper focuses on the European Union (EU) R&I policies. To understand the merits and shortcomings of EU policies, a good investigation methodology is needed.

p. 125: «[...] giungere a una società più matura e con più ideali, in cui la ricerca in ambito medico e di salute pubblica non dovrebbe essere stimolata dal profitto, ma piuttosto da riconoscimenti di gratitudine pubblica. Potrebbe essere l'epoca in cui la medicina non è più un 'mercato', ma un'organizzazione al servizio di chi soffre. [...] Diversi lettori potrebbero giudicare tutto questo un'ingenuità e un sogno. Tuttavia, sognare [...] è pur sempre possibile, e se sogniamo in molti, i sogni possono diventare realtà».

⁴⁰ AISA (MARIA CHIARA PIEVATOLO), *Scienza aperta e pace*, 05.11.2022, <<https://aisa.sp.unipi.it/scienza-aperta-e-pace/>>: «Se s'intende la scienza aperta come un metodo d'indagine e di discussione fondato sulla libertà dell'uso pubblico della ragione e non come un adempimento amministrativo, è difficile immaginarla compatibile sia con la ricerca direttamente finalizzata a scopi bellici, sia con il suo indiretto asservimento alla potenza degli stati armati per la guerra. Se infatti riconoscessimo che la guerra è un modo legittimo di risolvere le controversie internazionali e non solo una triste necessità da superare al più presto, dovremmo ammettere, contro la ricerca della verità, un uso legittimo della menzogna propagandistica, e, contro il perseguimento di composizioni dei conflitti che pongano fine alla violenza, un appello legittimo alla legge del più forte. Fra la libertà della ricerca e la pace come impegno comune alla costruzione di un confronto non violento c'è dunque un nesso non accidentale, sia per il metodo dell'indagine, sia per l'interesse dell'umanità alla sopravvivenza e all'emancipazione. Come associazione per la promozione della scienza aperta ci proponiamo di approfondire questo tema aggiungendolo fra gli argomenti delle nostre iniziative future».

The one used in the following reasoning is inspired not only by the usual methods and tools of comparative law but also by a new movement that goes by the name of 'Law and Political Economy' and sees among its promoters Amy Kapczynski (Yale University). The premise from which the movement starts is that politics and economics cannot be separated and that both are closely intertwined with law. In an era marked by climate change, huge and growing inequalities as well as wars that threaten democratic systems, it is necessary to investigate phenomena - in this case, the relationship between IP and OS - with the three dimensions of politics, economics and law in mind.

In EU policies, on the one hand, actions promoting universities' OS are growing, and on the other hand, IPRs are being extended and their use and transfer to private individuals is being encouraged in academic institutions themselves.

In a R&I ecosystem dominated by the intellectual monopoly capitalism, the promotion of OS runs the risk of being, at best, ineffective or limitedly effective and, at worst, a tool to strengthen the monopolies themselves.

KEYWORDS: Intellectual Monopoly; Capitalism; Open Science; European Union.

Roberto D’Orazio

Pubblicità parlamentare e diritto all’oblio

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La pubblicità parlamentare nella “datasfera” – 3. Atti parlamentari e tutela dei dati personali – 4. Un diritto all’oblio “parlamentare”? – 5. *Privacy* e autodichia – 6. L’applicabilità ai parlamenti della *lex generalis* sui dati personali.

1. *Premessa*

L’interazione tra le prerogative del parlamento italiano e il diritto dei singoli alla protezione dei propri dati personali ha dato forma, da circa un decennio, ad un mezzo di tutela individuato nell’applicazione del cosiddetto diritto all’oblio agli atti parlamentari.

A prima vista tale strumento, per quanto evocativo delle questioni più generali che si sono poste circa la natura e l’effettività del diritto all’oblio¹, potrebbe apparire di interesse marginale per il circoscritto ambito di rilevanza pratica, se non anche per la sua cornice riferita all’istituzione parlamentare, nell’opinione comune talvolta rivestita di un ruolo recessivo dinanzi al consolidarsi del “principe digitale”² con i suoi poteri globali, meta-statali e pretesi come autosufficienti³.

¹ Nell’ampia letteratura che ha seguito la parabola evolutiva del diritto all’oblio, dalla sua creazione pretoria (specie ad opera della Corte di Giustizia UE) alla sua codificazione nel Regolamento UE 2016/679, ci si limita qui a richiamare i saggi raccolti in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all’oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma TrE-Press, Roma 2015; G. FINOCCHIARO, *Art. 17*, in R. D’ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021, p. 325 ss.

² L’espressione è mutuata da M. CALISE, F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Laterza, Bari-Roma 2019.

³ Sono tuttavia quanto mai attuali, nel loro più ampio significato riferibile alla posizione e al ruolo dell’istituzione parlamentare a fronte dell’innovazione tecnologica, le parole pronunciate nel 2007 da Stefano Rodotà: «Nella società della conoscenza, una funzione di crescente importanza del parlamento è salvaguardare i diritti e le libertà fondamentali nel vasto spazio pubblico che le tecnologie dell’informazione e della comunicazione hanno creato e costantemente rimodellano»: S. RODOTÀ, *Challenges and Benefits of ICT in Parliamentary Processes*, discorso di apertura (trad. it.) della *World e-Parliament Conference*

Per giunta, il “nuovo” Codice dei dati personali⁴ prevede il regime del trattamento di «categorie particolari di dati personali» motivato da un rilevante interesse pubblico, il cui spettro comprende, accanto ai trattamenti generalmente necessari alla «documentazione delle attività istituzionali di organi pubblici», le analoghe operazioni che ricorrono nelle attività parlamentari, avendo per fine la «redazione di verbali e resoconti dell'attività di assemblee rappresentative», lo «svolgimento delle funzioni di controllo, indirizzo politico, inchiesta parlamentare o sindacato ispettivo», o in modo più ampio l'«esercizio del mandato degli organi rappresentativi» (art. 2 *sexies*, c. 2, f, g, h⁵). Di questi trattamenti, com'è noto, il Codice rimette la disciplina all'autonomia delle Camere (e degli altri organi costituzionali), tenute a declinarla in conformità ai loro ordinamenti e nel rispetto dei principi generali di diritto comune (art. 2 *novies* del Codice⁶). Collocata la materia tra le sue coordinate normative, potrebbero pertanto non ritenersi necessari maggiori approfondimenti.

In realtà, le modalità con cui le regole di protezione dei dati personali si applicano all'attività parlamentare - o per meglio dire alla sua documentazione - si propongono come tema tuttora attuale di riflessione. In relazione a determinate categorie di atti parlamentari esse si sostanziano, come si è anticipato, nella garanzia del diritto all'oblio apprestata dai due rami del parlamento al fine di contemperare il rispetto dei diritti della persona con l'integrità di principi coesenziali al funzionamento delle istituzioni parlamentari, quali il potere di auto-organizzazione delle Camere e la pubblicità dei lavori parlamentari (art. 64 Cost.). Lo strumento di tutela così configurato potrebbe perciò specificarsi con la formula del “diritto all'oblio *parlamentare*” ove la fonte normativa, l'ambito applicativo e il regime procedurale si ritenessero sufficienti a conferire ad esso una

tenutasi sotto l'egida dell'O.N.U. a Ginevra, 11 ottobre 2007.

⁴ Scontato il riferimento al D. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, «*Codice in materia di protezione dei dati personali*», come modificato dal D. lgs. 10 agosto 2018, n. 101, «*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Reg. (UE) 2016/679*».

⁵ Sulla disposizione v., per tutti, F. CORTESI, *Art. 2 sexies*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 1043 ss.

⁶ V. i commenti di G. BAFFA, *Art. 2 novies*, in R. SCIAUDONE, E. CARAVÀ (a cura di), *Il codice della privacy*, Pacini, Pisa 2019, 1195; E. BASSOLI, *Le limitazioni ai diritti dell'interessato*, a cura di S. SCAGLIARINI, *Il “nuovo” codice in materia di dati personali*, Giappichelli, Torino 2019, 133; G. ERRANI, *I trattamenti disciplinati da regolamenti di organi costituzionali*, in G. FINOCCHIARO (dir.), *La protezione dei dati personali in Italia*, Zanichelli, Bologna 2019, 318; a questi *adde* R. D'ORAZIO, *Art. 2 novies*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 1078 ss.

propria fisionomia rispetto all'istituto generale (ora normato dall'art. 17 GDPR⁷), quale è stata tipizzata nel nostro ordinamento in aderenza alle prerogative di autonomia parlamentare che vi sono contemplate.

La portata settoriale di questo diritto e la sua autonoma regolamentazione, benché costitutivi di un peculiare schema di tutela la cui ragion d'essere discende dall'assetto costituzionale dei poteri (e, per quel che consta, privo di puntuale corrispondenza presso altri parlamenti nazionali), non ostano tuttavia all'applicazione della *lex generalis* sulla tutela dei dati personali alle attività parlamentari, non essendo queste estranee al campo di applicazione materiale del diritto dell'Unione Europea.

2. La pubblicità dei lavori parlamentari nella “datasfera”

Non occorre insistere sulla pubblicità degli atti e dei lavori parlamentari come principio cardine dei sistemi di democrazia parlamentare, nel nostro ordinamento consacrato al livello costituzionale: l'art. 64, c. 2, Cost. prescrive la pubblicità delle sedute delle Camere e del Parlamento riunito, mentre l'art 72, c. 3, rinvia al regolamento di ciascuna Camera per la determinazione delle forme di pubblicità delle commissioni parlamentari in sede deliberante. Se, d'altra parte, è consustanziale alla democrazia il concetto del “governo del potere pubblico in pubblico”, l'informazione pubblica del Parlamento sulla propria attività non può che configurarsi come oggetto di un diritto politico dei cittadini, in cui trova espressione il fondamentale principio di partecipazione all'organizzazione politica enunciato all'art. 3, c. 2., Cost. Questi riferimenti costituzionali convergono quindi a segnare il punto di emersione di un principio di pubblicità parlamentare che trae fondamento dal rapporto di rappresentanza e si pone a sua volta, in una prospettiva più ampia, a presidio della libertà di informazione⁸.

La centralità di tale principio, che pur storicamente consolidato⁹ ha

⁷ Nell'acronimo inglese ormai universale, *Regolamento generale sulla protezione dei dati* (Regolamento (UE) 2016/679).

⁸ La pubblicità parlamentare può infatti assumersi a «prova dell'esistenza della libertà d'informazione ed [a] segno della preoccupazione del sistema di garantirla»: P. COSTANZO, *La pubblicità dei lavori parlamentari: profili comparatistici e prospettive attuali*, in *Rassegna parlamentare*, 1980, p. 308.

⁹ Sulle ascendenze storiche del principio pubblicitario v. V. STRINATI, *La pubblicità dei lavori parlamentari dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Le Carte e la Storia*, 2008, 2, p. 23 ss.

avuto svolgimenti favoriti dagli strumenti tecnologici¹⁰ (e potrebbe inoltre ampliarsi ad aree di residua opacità dei lavori parlamentari¹¹), si manifesta nel ricorso all'impiego di diversi canali comunicativi¹². Essi non si limitano alla pubblicazione in forma cartacea – ormai residuale – dei resoconti dei dibattiti in assemblea e nelle commissioni, degli atti di sindacato ispettivo o di altri documenti utili a rendere conoscibile l'attività delle Camere, ma sono costituiti dai siti Internet istituzionali, divenuti veicolo primario della “documentalità” parlamentare¹³, i cui contenuti, nel caso dei resoconti, sono aggiornati *ad horas* registrando quotidianamente un numero assai elevato di “contatti” nella Rete.

E' perciò constatazione perfino banale che le tribune sovrastanti l'emiciclo dell'aula, un tempo considerate luogo prioritario di (fisico) accesso alla conoscenza dell'attività parlamentare (tant'è che gli altri strumenti si sono per tradizione definiti di “pubblicità indiretta”), sono state soppiantate dalle “tribune digitali” attraverso cui oggi principalmente si attinge all'universo documentale del Parlamento.

¹⁰ L'innovazione tecnologica non solamente ha dotato il Parlamento di nuovi strumenti, ma ha retroagito sull'istituzione parlamentare avviando sostanziali trasformazioni procedurali e organizzative: N. LUPO, *Lo Stato digitale. Il Parlamento e la sfida della digitalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2021, p. 501 ss.; R. IBRIDO, *Evoluzioni tecnologiche o involuzioni costituzionali? La “reingegnerizzazione” del processo di decisione parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, n. 2, p. 291 ss.

¹¹ Con riferimento ai lavori delle Commissioni parlamentari, v. C.F. FERRAJOLI, *La pubblicità dei lavori in commissione: un antidoto alla crisi del compromesso parlamentare*, in *Costituzionalismo.it*, 2017, n. 2, p. 145 ss. Diversamente, N. LUPO, *Lo Stato digitale. Il Parlamento e la sfida della digitalizzazione*, p. 508, ravvisa nell'integrale trasparenza dell'attività legislativa delle Commissioni, quale sarebbe determinata dalla diffusione in Internet dei lavori, un possibile intralcio alla informalità del processo decisionale, idonea ad instaurare nel loro ambito «un clima consensuale e cooperativo». Sul punto v. inoltre M. RUBECCHI, *La pubblicità dei lavori delle Commissioni parlamentari*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, n. 3, p. 1.

¹² Sulle forme della pubblicità parlamentare v. A. MANZELLA, *Art. 64*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Art. 64 - 69, Le Camere*, II, Zanichelli, Bologna - Roma 1986, p. 37. ss.; L. GIANNITI, C. D'ANDREA, *Art. 64*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Utet, Torino 2006, p. 1235 ss.; G. ABAGNALE, *Pubblicità dei lavori parlamentari*, in *Rassegna parlamentare*, 2, 2010 p. 509; N. SCARPELLINI, *La pubblicità delle sedute e dei lavori in Parlamento: Costituzione e Regolamenti delle Camere*, in P. CARETTI, M. MORISI (a cura di), *La pubblicità dei lavori parlamentari in prospettiva comparata*, Seminario di studi e ricerche parlamentari “Silvano Tosi”, Firenze 2014.

¹³ Lo spunto è dato da M. BARBERIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, Bari-Roma 2009.

3. Atti parlamentari e tutela dei dati personali

L'ingresso degli atti parlamentari nella "datasfera"¹⁴ non è stato tuttavia privo di conseguenze sotto il profilo della circolazione di dati personali.

La conversione digitale e l'accessibilità degli atti delle legislature pregresse e correnti ha innalzato in modo esponenziale il grado di conoscibilità di ciò che vi accade o vi si svolge: quel che un tempo era pubblico in teoria, ma di fatto accessibile solo a pochi, ora è alla facile portata di tutti. L'opera di digitalizzazione degli atti delle legislature repubblicane ha inoltre favorito l'instaurarsi di una sorta di "pubblicità permanente" degli atti parlamentari, quale effetto della loro accessibilità attraverso la Rete e della uniforme rilevanza informativa che i singoli documenti vi assumono indipendentemente dal loro carattere di attualità; cosicché la più ampia conoscibilità degli atti, mentre soddisfa interessi giuridici ed istanze politiche in relazione al diritto di informarsi sull'attività parlamentare e al controllo degli elettori sui propri rappresentanti, può correlarsi a profili di criticità nella prospettiva della tutela delle situazioni giuridiche soggettive, e determinare l'esigenza che siano apprestati rimedi¹⁵.

L'effetto lesivo che al singolo può derivare dalla diffusione di suoi dati personali contenuti in atti parlamentari pubblicati in Rete, e per tale motivo rendere necessarie misure di contenimento degli interessi, è tuttavia un aspetto in pratica riferibile non all'intera documentazione parlamentare ma un ristretto novero di atti. Ne sono tendenzialmente esclusi gli atti delle Commissioni di inchiesta istituite *ex art. 82 Cost.*, per i quali la preminenza dell'interesse pubblico e la sua permanenza nel tempo non rendono possibile il bilanciamento con la tutela di diritti di terzi. Il Codice novellato prevede al riguardo limitazioni¹⁶ che precludono all'interessato l'esercizio della serie di diritti riconosciutigli dal Regolamento europeo (artt. 15-22), qualora da ciò «possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto» all'attività di queste Commissioni, e sottrae la materia alla ordinaria cognizione del Garante

¹⁴ Si utilizza il lemma introdotto da V. ZENO-ZENCOVICH, *La "datasfera". Regole giuridiche per il mondo digitale*, in L. SCAFFARDI (a cura di), *I "profili" del diritto. Regole, rischi e opportunità nell'era digitale, Dossier VII – Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Giappichelli, Torino 2019, p. 99 ss.

¹⁵ In tema, v. A. PAPA, *Pubblicità degli atti parlamentari e diritto all'oblio di terzi: la difficile ricerca di un loro equilibrato bilanciamento nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3, pp. 1-24.

¹⁶ Art. 2 *undecies*, c. 1, c) e c. 2, del Codice sulla protezione dei dati personali, su cui v. il commento di L. CALIFANO, *Art. 2 undecies*, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 1104 ss.

rimettendola ai regolamenti parlamentari, alla legge o alle norme istitutive delle commissioni d'inchiesta¹⁷.

La divulgazione di dati personali possibilmente produttiva di effetti lesivi per l'interessato è fenomeno che si associa specialmente alla pubblicazione degli atti di sindacato ispettivo, per i quali più di frequente si sono infatti poste esigenze di contemperamento degli interessi coinvolti¹⁸. In relazione a questi atti di natura politica (interpellanze e interrogazioni) può profilarsi in modo marcato l'asimmetria del rapporto tra l'esercizio del mandato parlamentare di cui essi sono espressione - beneficiando della garanzia costituzionale della insindacabilità -, e la tutela di diritti individuali. La disparità appare evidente se si considera che il diritto del parlamentare di porre questioni al Governo e di ottenerne risposta ha prevalenza sulle situazioni giuridiche soggettive di cui la presentazione dell'interrogazione o dell'interpellanza possa determinare il coinvolgimento; ciò anche quando il contenuto dell'atto o le modalità della sua formulazione abbiano ripercussioni sul diritto all'identità, alla dignità personale e alla riservatezza dei singoli. Una ponderazione degli interessi attuabile nell'ambito delle procedure parlamentari può risultare dal vaglio di ammissibilità riservato dai regolamenti delle Camere al Presidente dell'Assemblea, qualora le relative valutazioni non si limitino al mero accertamento della proponibilità dell'atto ma tengano conto dell'equilibrio tra l'insindacabile libertà di espressione del parlamentare e la tutela della sfera personale dei soggetti incisi dalle opinioni espresse¹⁹. La libertà espressiva del parlamentare è in ogni caso preminente sui diritti individuali, poiché il suo esercizio è compiuto nell'interesse dell'istituzione parlamentare e giustifica pertanto le

¹⁷ Le Commissioni d'inchiesta, in relazione ai loro scopi istituzionali e nella misura necessaria al relativo conseguimento, possono inoltre stabilire un segreto funzionale che, analogo alle forme di segretezza contemplate dalle norme sul processo penale in merito alla potestà inquirente e all'attività istruttoria, prevale sul diritto dell'interessato ad accedere alle banche dati costituite nel loro ambito (e si riverbera inoltre sul regime di consultabilità degli atti presso l'archivio storico parlamentare in cui questi vengono versati).

¹⁸ Nondimeno la casistica conosce anche ipotesi diverse. Risulta, ad esempio, che un'istanza ad una Camera sia stata presentata da un cittadino affinché fosse cancellato il suo nome dall'elenco dei firmatari di un progetto di legge di iniziativa popolare, il cui contenuto a distanza di tempo egli evidentemente non più condivideva, ravvisando forse un motivo di discredito personale nell'esserne stato tra i promotori.

¹⁹ Presso la Camera dei deputati, tale accertamento preliminare di merito è effettuato dalla Presidenza in applicazione degli artt. 89, 139 e 139 *bis* del Regolamento. La prassi nondimeno ha registrato, attraverso le diverse legislature repubblicane, problemi applicativi dovuti all'inesistenza di confini certi ed invalicabili entro cui mantenere l'attività ispettiva, e dal fatto che il suo esercizio rientra in una delle funzioni in cui si esplica l'attività parlamentare coperta da immunità ai sensi dell'art. 68 Cost.

speciali tutele di cui è oggetto, le quali, radicate nella tradizione dei regimi parlamentari, sono finora prevalse anche nel bilanciamento con altri diritti operato dalla Corte EDU²⁰.

Le caratteristiche di questi atti parlamentari, tali da rendere problematico il bilanciamento con altri interessi muniti di garanzia costituzionale, evidentemente si accentuano per effetto della loro digitalizzazione e accessibilità in Rete, specie quando l'eventuale non veridicità dei loro contenuti possa agevolare l'indiscriminata circolazione di dati personali inesatti ed inattuali. E' infatti sempre possibile che i motori di ricerca "catturino" il nominativo di un determinata persona, citato in uno di questi atti in cui esso può figurare collegato a vicende non commendevoli. Inoltre, l'informazione così reperita è ferma al momento storico in cui è stato prodotto l'atto che la contiene, e nulla dice circa l'eventuale decorso delle vicende riportate in senso positivo per l'interessato; dimodoché l'informazione che lo riguarda può riemergere a distanza di anni, e presentare alla pubblica attenzione fatti che potrebbero non più rivestire interesse generale, oppure essersi rivelati non veritieri alla luce di accertamenti successivi.

Non sorprende perciò che possano pervenire alle Camere istanze di rimozione dagli atti parlamentari di informazioni concernenti singole persone e ritenute lesive dell'immagine, reputazione e riservatezza nel momento in cui appaiono correlate al loro nome nella lista dei risultati di un motore di ricerca. L'interesse che in tal modo chiede riconoscimento non è altro che quello al fondo del diritto all'oblio: ovvero la pretesa della persona a rientrare nell'anonimato dopo che, per i ruoli avuti in passato o per le precedenti vicende che l'hanno riguardata, su di essa si sono accesi i fari della notorietà, suscitando l'interesse pubblico alla conoscenza. Ciò si ottiene mediante misure utili ad inibire, o perlomeno ostacolare, la possibilità di un ricordo attuale e generalizzato di quanto il trascorrere del tempo ha dissolto e si ha interesse a relegare, per così dire, in una «sfera di dimenticanza giuridicamente tutelata». Nell'era digitale, lo scopo è perseguito prevalentemente con il metodo della deindicizzazione, assurta a forma canonica dell'oblio al punto da potersi configurare, secondo la Corte di Strasburgo²¹, come materia di specifici obblighi per i gestori tanto dei

²⁰ Corte EDU, *A. v United Kingdom*, 17 dicembre 2002, ric. n. 35373/97. In tale occasione la Corte di Strasburgo, nel caso concernente l'asserita diffamazione subita da un comune cittadino a causa di affermazioni fatte nel corso di un dibattito parlamentare, non ha ritenuto sproporzionata la restrizione posta al suo diritto di accesso alla giustizia in nome della libertà di espressione garantita ai membri del Parlamento dall'art. IX del *Bill of Rights*.

²¹ Corte EDU, *Biancardi c. Italia*, sentenza 25 novembre 2021 (ric. n. 77419/16). La Corte

motori di ricerca che dei “siti sorgente”, senza che ne venga inciso il diritto alla libertà di espressione.

Il fenomeno dunque non è nuovo, se non fosse che la categoria documentale su cui ora lo vediamo appuntarsi – quella inerente all’attività parlamentare - vale a rendere meno agevoli le soluzioni. La pretesa diretta alla rimozione di dati personali presenti in atti parlamentari infatti mette in contrasto l’interesse dell’individuo con interessi di natura pubblicistica, di cui, se il primo poggia su un principio di autodeterminazione informativa ormai acquisito all’ordinamento, i secondi non si esauriscono nel diritto-dovere di informazione e nel diritto alla libera manifestazione del pensiero presidiati dall’art. 21 Cost., ma, come già detto, riguardano la pubblicità degli atti parlamentari sancita dall’art. 64 Cost.

Da questa prospettiva il bilanciamento necessario al diritto all’oblio assume, per così dire, una connotazione tripolare. Ai suoi fini rileva infatti un termine di ponderazione eccedente la coppia tutela dei dati - libertà di espressione, la cui tensione l’art. 17 GDPR risolve ponendo un limite a questo diritto a fronte dell’esercizio della libertà di espressione e di informazione; il polo ulteriore è appunto rappresentato dalla pubblicità dei lavori parlamentari, certamente funzionale alla libertà di espressione, ma non completamente riducibile alla sua garanzia.

Inoltre, la pretesa rivolta all’applicazione del diritto all’oblio inevitabilmente si confronta con l’autonomia e l’indipendenza costituzionalmente garantite alle Camere, le quali provvedono a disciplinare la propria attività interna e assumono, attraverso gli organi di giurisdizione domestica, autonome decisioni sulle controversie conseguenti.

Pare dunque evidente che i valori in gioco, gli istituti che li presidiano, e i diritti che vi sono sottesi devono comporsi in un equilibrio più sottile di quanto potrebbe far presumere la lettera dell’art. 17 GDPR sul diritto alla “cancellazione” dei dati, laddove prevede che tale diritto non si applica nella misura in cui il trattamento è necessario per l’esecuzione di un compito svolto nel pubblico interesse, o nell’esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.

Non sarebbe altrimenti sorta la necessità di perseguire il bilanciamento tra la sfera riservata alle attribuzioni costituzionali delle Camere e il diritto alla protezione dei dati personali, che costituisce invece l’obiettivo della

ha escluso la violazione dell’art. 10 CEDU in conseguenza della pronuncia resa dall’autorità giudiziaria italiana con cui il ricorrente, editore di un giornale *online*, è stato riconosciuto responsabile per aver violato il diritto di un terzo alla tutela della sua reputazione, avendo consentito la permanenza su internet di un articolo di contenuto diffamatorio per un considerevole lasso di tempo e senza procedere alla sua deindicizzazione tempestiva.

specifica regolamentazione adottata – lo si vedrà tra breve - da entrambe le Camere al fine di dare applicazione alla tutela del diritto all'oblio circa la conservazione e pubblicazione *on line* degli atti parlamentari sui loro siti istituzionali.

4. *Un diritto all'oblio "parlamentare"?*

I prodromi da cui sono originate le deliberazioni "gemelle" sul diritto all'oblio adottate nello scorso decennio dai due rami del Parlamento risalgono ad un confronto dialettico articolatosi tra il Garante per la tutela dei dati personali, la giustizia ordinaria e le Camere medesime²². Della vicenda è qui utile richiamare gli snodi fondamentali, notando che essa si è svolta nel clima della decisione *Google Spain* resa nel 2014 dalla Corte di Giustizia ed anzi ha preceduto di alcuni mesi questa celebre pronuncia.

Al riguardo occorre innanzitutto ricordare come il Garante, pronunciandosi fin dal 2009 su ricorsi introdotti da soggetti interessati per la rimozione dei propri dati personali presenti negli atti parlamentari delle Camere, non si sia limitato a dichiararne l'inammissibilità nel rispetto delle prerogative parlamentari²³. Egli si è adoperato per un adeguamento

²² Sulla genesi e sui contenuti della normativa vigente presso le due Camere, v. L. DELLI PRISCOLI, *Internet e il diritto alla riservatezza dei dati personali contenuti in atti parlamentari*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2013, n. 4, p. 121 ss.; A. PAPA, *Pubblicità degli atti parlamentari e diritto all'oblio di terzi: la difficile ricerca di un loro equilibrato bilanciamento nella società dell'informazione e della comunicazione*, cit., p. 1 ss.; N. LUPO, *Il controllo parlamentare sui Governi degli Stati membri dell'Unione europea, tra trasparenza e privacy*, in *federalismi.it*, 2015, n. 3, p. 21 ss.; E. BARDAZZI, *Il diritto all'oblio negli atti parlamentari*, in *Amministrazione in cammino*, 2016, 13 dicembre, p. 1 ss.; V. COZZOLI, P. FALLETTA, *Il diritto all'oblio e la pubblicazione degli atti parlamentari su Internet*, in *Medialaws*, 3/2017; A. CIPOLLONE, *Pubblicità dei lavori parlamentari e tutela della privacy*, in *Il Parlamento della Repubblica. Organi, procedure, apparati*, III, Roma 2019, p. 963 ss.; G. SALBERINI, *Il diritto all'oblio nei database parlamentari e nella rete Internet*, in S. FARO, T.E. FROSINI, G. PERUGINELLI (a cura di), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Bologna 2020, 131; A.C. SORRENTINO, *La tutela del diritto all'oblio con particolare riferimento all'attività parlamentare*, in *federalismi.it*, 2021, n. 16, p. 186 ss.

²³ V. ad esempio, del Garante per la protezione dei dati personali, il provvedimento del 16 luglio 2009, in cui si sostiene che «tra norme regolamentari e legge ordinaria vige un regime di separazione di competenze che impedisce allo strumento legislativo di regolare le attività proprie delle Camere e che alle stesse riconosce una indipendenza garantita nei confronti di qualsiasi altro potere, cui pertanto deve ritenersi precluso ogni sindacato degli atti di autonomia normativa ex art. 64, primo comma, Cost.».

degli istituti applicabili, esortando i due rami del Parlamento a perseguire «un equilibrio effettivo tra il diritto all'oblio e i principi di pubblicità dei lavori parlamentari e di autonomia delle Camere» mediante l'adozione di una «normativa interna idonea a garantire i diritti dei cittadini, in assenza della quale l'«indipendenza guarentigiata» riconosciuta alle Camere a tutela della sovranità della funzione parlamentare rischia di essere percepita come un'ingiustificata prerogativa»²⁴.

Sulla questione aveva in precedenza assunto diversa posizione il giudice ordinario, che investito di ricorsi con cui gli interessati avevano richiesto che fossero deindicizzati, da parte di motori di ricerca generalisti, i loro dati personali contenuti in atti di sindacato ispettivo non più attuali né contestualizzati - e pertanto idonei a ledere il loro diritto all'immagine - aveva emesso due sentenze di accoglimento (nel 2011 e nel 2012)²⁵, ritenendo che il trattamento dei dati personali da parte delle Camere non costituisse per ciò stesso materia riservata alla cognizione esclusiva dei rispettivi organi di «giurisdizione domestica». La pubblicazione di dati personali di soggetti terzi sui siti istituzionali delle Camere, se può infatti costituire un'attività indispensabile all'esercizio delle loro funzioni, non comporta necessariamente che i medesimi dati circolino su motori di ricerca esterni, tanto più quando siano in grado di ledere la sfera personale degli interessati.

Peraltro il giudice non aveva mancato di rilevare come il rimedio alla lesiva diffusione dei dati contenuti nel documento parlamentare non potesse consistere nella loro anonimizzazione, stante l'inalterabilità del documento che li conteneva, bensì in accorgimenti tecnici idonei a impedirne una consultazione esterna al sito Internet istituzionale e la rilevazione automatica da parte dei motori di ricerca. L'argomentazione giudiziale dunque teneva fermi i principi della pubblicità degli atti parlamentari e della loro intangibilità, e ne individuava il temperamento con i diritti

²⁴ Così la lettera del Garante privacy alla Presidente della Camera dei deputati il 25 novembre 2013, il cui testo può leggersi all'indirizzo: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/2776248>.

²⁵ Trib. Roma, I sezione, 28 novembre 2011, n. 21961, parte convenuta il Senato della Repubblica, e 13 febbraio 2012, n. 1213, parte convenuta la Camera dei deputati. Si nota che la Camera, costituitasi in giudizio, aveva eccepito il principio di autodichia e quindi l'inapplicabilità dell'art. 152 del Codice della privacy allora vigente, e la conseguente incompetenza del giudice ordinario. L'eccezione è stata respinta dall'autorità giudiziaria facendo leva sulla pronuncia di Cass., SS. UU. 24 novembre 2008 n. 27683, secondo la quale l'autodichia non può estendersi ad attività non immediatamente connesse all'esercizio delle funzioni parlamentari, talché il trattamento dei dati personali di terzi deve ritenersi escluso dalle materie riservate alla giurisdizione interna della Camera.

individuali nell'adozione di misure tecniche preordinate ad escludere una modalità di accesso ai dati risultata lesiva dell'immagine dell'interessato.

A queste sollecitazioni, provenienti tanto dal Garante che dal giudice comune, sono finalmente seguite le delibere adottate nel 2013 rispettivamente dall'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati e dal Consiglio di Presidenza del Senato, con cui entrambe le Camere, in modo sostanzialmente omogeneo, hanno introdotto procedure per il riconoscimento del diritto all'oblio in relazione ai dati personali presenti negli atti parlamentari pubblicati sui siti istituzionali²⁶.

Nella complessiva disciplina che ne risulta sarebbe operazione vana rintracciare indizi da cui inferire un chiaro concetto del diritto disciplinato, ovvero se lo si intenda con caratteri di novità ed autonomia (eventualmente correlati al particolare contesto in cui si applica), oppure strumentale alla tutela di diritti fondamentali connessi alla libertà e alla dignità della persona; nondimeno vi si possono isolare i caratteri differenziali che distinguono il mezzo di tutela predisposto in sede parlamentare rispetto al diritto all'oblio comunemente inteso e di generale applicazione²⁷.

La delicatezza delle scelte di bilanciamento sottese all'attuazione di questo diritto in ambito parlamentare si rispecchia, in primo luogo, nell'affidamento delle relative decisioni alla competenza degli organi di direzione politica. Le delibere adottate dalle due Camere prevedono infatti che le istanze "di oblio" vengano sottoposte all'esame istruttorio svolto da un apposito Gruppo di lavoro, i cui componenti sono nominati dal Presidente tra i membri dell'Ufficio (o Consiglio) di Presidenza assicurandovi la rappresentanza di ciascun gruppo parlamentare. Le proposte formulate dal Gruppo di lavoro sulle singole istanze sono quindi sottoposte al plenum, che provvede a deliberare su ciascuna istanza esaminata.

In tale quadro procedurale vengono compiute valutazioni che ancora una volta palesano i caratteri dell'istituto e gli adattamenti che esso subisce nella particolarità del suo contesto applicativo.

Vi rileva innanzitutto il decorso del tempo: le istanze dei soggetti

²⁶ Si tratta, per quanto riguarda il Senato della Repubblica, delle delibere del Consiglio di Presidenza n. 31 del 18 dicembre 2013 e n. 62 del 7 maggio 2015 sul diritto all'oblio, pubblicate in testo coordinato. Dal canto suo la Camera dei deputati si è dotata della deliberazione dell'Ufficio di Presidenza n. 46 del 1° ottobre 2013, poi modificata dalla successiva deliberazione n. 53 del 4 dicembre 2013. Nella titolazione dei testi di entrambe le Camere si fa espresso riferimento al "diritto all'oblio".

²⁷ Sul carattere non autonomo, bensì strumentale del diritto in questione nel quadro della tutela dei diritti della persona, v., per tutti, G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in *Dir. inf.*, 2014, p. 600.

interessati, con cui essi chiedono l'«oblio» in relazione a loro dati personali contenuti in atti parlamentari, possono riguardare esclusivamente gli atti formati nelle legislature precedenti (tranne quelli delle Commissioni d'inchiesta, a meno che le istanze non riguardino esigenze di sicurezza della persona e vengano accolte d'intesa tra le due Camere se si tratta di Commissioni bicamerali). Le istanze non possono comunque essere presentate prima di un triennio dalla pubblicazione degli atti parlamentari a cui si riferiscono, sebbene la disciplina della Camera preveda che l'Ufficio di Presidenza possa deliberare anche in deroga alle regole temporali in base ad una motivata considerazione dello specifico interesse da tutelare.

Se dunque il «trascorrere del tempo, ai fini della configurazione del c.d. diritto all'oblio, si configura quale elemento costitutivo»²⁸ della sua fattispecie generale, non sfugge come tali previsioni la irrigidiscano nel momento in cui stabiliscono *ex ante* i termini per l'esercizio del relativo diritto. La scelta di predeterminarne i criteri temporali risponde all'esigenza, maturata in sede politica, di limitare per quanto possibile il margine di apprezzamento discrezionale nella valutazione delle istanze, che secondo i parametri comuni avrebbe potuto invece fondarsi sulla constatazione della sopravvenuta carenza dell'interesse ad una generalizzata conoscibilità delle informazioni controverse²⁹.

In secondo luogo, i requisiti introdotti dalle delibere si incardinano sul principio della intangibilità dell'atto: esse prevedono che il documento informatico contenente i dati personali controversi sia deindicizzato in relazione a motori di ricerca esterni, e ne sia invece preservata la reperibilità sul sito istituzionale mediante il motore di ricerca a questo connesso.

Peraltro, le modalità attuative dell'intervento diretto alla deindicizzazione sono definite in modo diverso dalle due deliberazioni. Ciò non tanto per le modalità con cui viene trattata la risposta del Governo all'atto ispettivo, che da entrambe le Camere è deindicizzata se contiene i medesimi dati per i quali è accolta l'istanza, (ossia dati particolari, giudiziari, riferita a minori oppure riferiti a ricostruzioni di fatti successivamente rivelatisi non veri), ma per la possibilità, prevista dal Senato, che la risposta governativa od altra documentazione ufficiale prodotta dagli istanti sia pubblicata in allegato all'atto di sindacato ispettivo al fine di integrarne il contenuto, e segnalata in testa alla pagina del documento visualizzabile in rete. Più che del diritto all'oblio, in questo caso si è in presenza di un aggiornamento o di una rettifica

²⁸ Così Cass., civ., Sez. III, sent. 5 aprile 2012, n. 5525.

²⁹ Su tali profili, v. V. COZZOLI, P. FALLETTA, *Il diritto all'oblio e la pubblicazione degli atti parlamentari su Internet*, cit., p. 13.

che trova forma nell'aggiornamento del dato effettuato mediante, per così dire, una "glossa digitale". L'efficacia in senso garantistico della misura appare nondimeno affievolita dal termine triennale di cui l'interessato, se non decidono diversamente gli organi parlamentari, deve attendere il decorso per poter presentare l'istanza, senza potersi valere di un'eventuale risposta chiarificatrice del Governo tempestivamente rilasciata³⁰.

In terzo luogo, le regole adottate assegnano rilevanza alla natura dei dati e dei soggetti a cui si riferiscono, poiché per i dati "sensibili" (ora "particolari"), i dati giudiziari e i dati riferiti a minori esse prevedono che l'istanza possa essere presentata a prescindere dal decorso del tempo. Resta in ogni caso riservata a ciascuna Assemblea la valutazione circa la sussistenza di un attuale interesse generale alla «massima diffusione dell'atto», indipendentemente dal decorso del tempo. In tal modo le Camere si attribuiscono il compito del bilanciamento tra i diritti dell'interessato e il pubblico interesse di un'informazione di fonte parlamentare che ne giustifichi la generale e perdurante reperibilità.

E' scontato dire che la garanzia così accordata può incontrare forti limitazioni quanto alla sua effettività, per ragioni generali che esulano dal dominio delle Camere. Anche quando venga riconosciuto il "diritto all'oblio", sono noti gli ostacoli che possono vanificarlo, dovuti all'ubiquità dei dati una volta assimilati dalla rete, e al fatto che la deindicizzazione effettuata su un "sito sorgente" di un determinato documento digitale (o meglio dei meta-dati che esso contiene e istruiscono i motori di ricerca a reperirli), non esclude che copie del documento continuino ad essere disponibili nel *web*.; gli atti parlamentari digitalizzati non si sottraggono a questa eventualità, tanto più che piattaforme gestite da soggetti terzi sono solite riprodurre interi set di dati dai siti di Camera e Senato.

Inoltre, il rimedio della deindicizzazione applicabile agli atti parlamentari non è idoneo per le altre forme di pubblicità, come la web-tv; ciò senza considerare che gli attuali accorgimenti potrebbero essere messi alla prova da sistemi di intelligenza artificiale, addestrati ad interrogare in modo esteso ed analitico le banche dati parlamentari: di certo la trasparenza avvantaggia anche l'operare degli algoritmi.

Malgrado questi condizionamenti, la procedura instaurata presso

³⁰ In tema, v. A. PAPA, *Pubblicità degli atti parlamentari e diritto all'oblio di terzi: la difficile ricerca di un loro equilibrato bilanciamento nella società dell'informazione e della comunicazione*, p. 22. Presume, per contro, che la soglia triennale sia commisurata ai tempi necessari allo svolgimento di un processo, qualora la documentazione ufficiale autonomamente prodotta dall'istante debba essere costituita da una sentenza di assoluzione, E. BARDAZZI, *Il diritto all'oblio negli atti parlamentari*, cit., p. 6.

le Camere già conta una casistica non trascurabile se si considera che nel decennio di vigenza risultano finora decise, solo alla Camera, 115 istanze (mentre altre sono tuttora pendenti). La sua ormai sperimentata applicazione potrebbe consentire di recuperarvi elementi di flessibilità – metodologica e temporale - che inizialmente sono stati esclusi, nel proposito di garantire la neutralità delle decisioni e di evitare il rischio che i giudizi resi nella delibazione delle «istanze di oblio» potessero risolversi in scelte incostanti o perfino arbitrarie.

Soprattutto, la sussistenza di un apparato rimediale consolidatosi in ambito parlamentare e in quella sede procedimentalizzato è una realtà acquisita dal giudice ordinario e di legittimità. Nel 2020, in un procedimento in cui erano parti contrapposte l'Amministrazione del Senato e un cittadino, il Tribunale di Roma ha affermato il proprio difetto di giurisdizione in favore degli organi d'autodichia di quella Camera³¹, per il motivo che l'introduzione di un sistema di tutela azionabile dall'interessato innanzi all'organo parlamentare è valsa a colmare il precedente vuoto normativo e a determinare, appunto, l'incompetenza del giudice comune circa la domanda di deindicizzazione relativa ad un atto parlamentare, dovendo l'interessato attenersi alla procedura di tutela vigente presso ciascuna Camera. Anche il giudice di legittimità, pronunciandosi nel 2022 in una controversia concernente la deindicizzazione delle informazioni sul ricorrente contenute negli atti della Commissione bicamerale d'inchiesta sul delitto Moro, ha concluso per l'improponibilità del ricorso avverso la decisione di primo grado che aveva dichiarato il difetto di giurisdizione³².

5. Privacy e autodichia

Benché i regolamenti parlamentari siano incompetenti a disporre dei diritti e delle libertà individuali muniti di garanzia costituzionale, il descritto modello di tutela si connota per la tutela esperibile esclusivamente dinanzi agli organi di autodichia delle situazioni giuridiche soggettive di cui si verifichi la lesione; con la conseguenza che può essere attratta allo scrutinio di tali organi anche la legittimità di misure non riconducibili alle funzioni primarie delle Camere.

³¹ Lo riporta A.C. SORRENTINO, *La tutela del diritto all'oblio con particolare riferimento all'attività parlamentare*, cit., p. 205.

³² Cass.civ., Sez. I, ord. 6 luglio 2022, n. 21415.

Il riparto di giurisdizione così instaurato in effetti non è meno caratterizzante, per il diritto all'oblio finora definito come "parlamentare", di quanto non sia la devoluzione ad un organo di natura politica delle decisioni sulle istanze in cui se ne chiede l'applicazione. Esso, come l'altro, è elemento portante della sua costruzione giuridica, ma potrebbe rivelarsi più direttamente esposto a fenomeni di erosione.

Si fa riferimento, senza poterne qui trattare, alle prospettive dell'autodichia delle Camere, che la Corte costituzionale con una sentenza dagli effetti non ancora stabilizzati (la n. 262 del 2017) ha parzialmente validato, riconoscendo ad esse (e agli altri organi costituzionali) la potestà di disciplinarsi mediante proprie norme regolamentari³³. Con tale decisione la Corte ha tuttavia dettato il perimetro di questa prerogativa, che può applicarsi alle sole cause insorte tra le amministrazioni degli organi costituzionali ed i rispettivi dipendenti e non anche a quelle tra le suddette amministrazioni e i terzi. Il giudice delle leggi ha in tal modo adottato una soluzione di compromesso, che mediante il discrimine tracciato tra materie ricadenti nel "nocciolo" dell'attività parlamentare e situazioni soggettive dei terzi, rimesse alla competenza al giudice comune, valesse a preservare il principio di autodichia seppure ridimensionato nella sua portata, e nel contempo ad alleggerirlo di settori contenziosi che il diritto europeo vorrebbe deferiti a veri e propri organi giurisdizionali³⁴.

Ci si può quindi domandare se con tale impostazione non contrastino le "minori" previsioni regolamentari³⁵ con cui il principio della giurisdizione domestica parlamentare è venuta mutandosi da eccezione tipizzata a regola generale, con la conseguenza di attrarre alla competenza dei collegi decisori delle Camere materie che potrebbero essere sottoposte alla cognizione

³³ Della vasta bibliografia in materia possono qui richiamarsi soltanto, e limitatamente ai lavori monografici, L. CASTELLI, *L'autodichia degli organi costituzionali*, Giappichelli Torino, 2019; L. BRUNETTI, *Autodichia delle Camere*, Vita e Pensiero, Milano 2018; A. LO CALZO, *L'autodichia degli organi costituzionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; A. LOSACCO, *Autodichia degli organi costituzionali*, Jovene, Napoli 2018; A. D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2004; C. GORGA, *L'autonomia delle Camere nella giurisprudenza costituzionale*, Rogiosi, Napoli 2018; M. MIDIRI, *Autonomia costituzionale delle Camere e potere giudiziario*, Cedam, Padova 1999.

³⁴ La questione è accuratamente ricostruita da F. DALLA BALLA, *Buona la quinta; autodichia e immunità delle sedi di nuovo in Corte*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2023, f. 6, p. 195 s.

³⁵ Il riferimento è alle deliberazioni adottate rispettivamente dal Consiglio di Presidenza del Senato nel 2005 e dall'ufficio di Presidenza della Camera nel 1999 «per la tutela giurisdizionale non concernente i dipendenti».

del giudice comune. Alla questione non è estranea l'applicazione della disciplina sull'«oblio» negli atti parlamentari, dal momento che mentre non vi era dapprima contemplata la giustiziabilità della decisione sfavorevole all'istanza, ora è prevista la possibilità di impugnarla innanzi agli organi di giurisdizione domestica, a seguito della modifica della normativa della Camera intervenuta nel 2022³⁶.

In questo quadro occorre, per completezza, segnalare il conflitto di attribuzione da ultimo dichiarato ammissibile dalla Corte con l'ordinanza n. 179/2023, promosso dalla Camera dei deputati avverso il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione in relazione a giudizi nei quali è stata rigettata l'eccezione di autodichia sulle procedure di gare bandite e aggiudicate dalle amministrazioni parlamentari. L'esito del conflitto è evidentemente destinato ad avere rilevanza per l'impianto delle procedure e dei mezzi di ricorso accessibili ai terzi, estranei alle Camere, ma interessati dal trattamento di dati personali costituito dalla diffusione di atti parlamentari che li contengono.

5. L'applicabilità ai parlamenti della lex generalis sui dati personali

Il quadro delineato non sarebbe esaustivo se non fosse dato breve conto dell'orientamento di recente espresso dalla Corte di giustizia europea circa l'applicabilità agli atti parlamentari delle norme europee di protezione dei dati, anche con specifico riferimento alla anonimizzazione di dati personali contenuti negli atti di una commissione parlamentare d'inchiesta.

In effetti la Corte non è nuova alle sortite nel “santuario” dei parlamenti nazionali: basti ricordare che nel 2020 essa aveva stabilito, su rinvio pregiudiziale del tribunale amministrativo di Wiesbaden, che se un organo parlamentare determina, da solo o con altri soggetti, le finalità e i mezzi del trattamento (si trattava della “Commissione per le petizioni” del Land tedesco dell'Assia), esso deve essere qualificato come “titolare del trattamento” (ai sensi dell'art. 4 del GDPR), e l'interessato può esercitare nei suoi confronti i diritti previsti da art. 15 GDPR tra cui quello alla cancellazione³⁷.

³⁶ Delibera n. 169/2002 dell'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati.

³⁷ Corte di Giustizia UE, sentenza 9 luglio 2002 nella causa C – 272/19, *VQ c. Land Hessen* (ECLI:EU:C:2020:535).

Il caso deciso il 16 gennaio 2024 dai giudici di Lussemburgo³⁸ su rinvio pregiudiziale della Corte suprema amministrativa austriaca (*Verwaltungsgerichtshof*) sembra aver fissato alcuni punti fermi in merito alla questione se e in quale modo le attività dei parlamenti nazionali siano intersecate dal raggio applicativo del GDPR.

I fatti di causa illustrano la rilevanza degli interessi in gioco. La controversia oggetto del procedimento principale è sorta dalle misure adottate dall'Autorità austriaca di protezione dei dati (*Datenschutzbehörde*) in merito agli atti di una commissione di inchiesta parlamentare, insediata nel 2018 in un ramo del Parlamento (il *Nationalrat*), allo scopo di fare luce sull'infiltrazione di elementi estremisti all'interno dell'Ufficio federale per la protezione della Costituzione e l'Antiterrorismo (*Bundesamt für Verfassungsschutz und Terrorismusbekämpfung* - BVT). Nel corso dei suoi lavori, la Commissione ha ascoltato un testimone (un funzionario di polizia sotto copertura) nel corso di un'audizione accessibile ai rappresentanti dei mezzi di comunicazione, e ne ha successivamente pubblicato il resoconto sul sito Internet istituzionale, senza provvedere ad anonimizzare i suoi dati malgrado questi ne avesse fatto esplicita richiesta. L'interessato ha quindi presentato un reclamo all'Autorità per la protezione dei dati, asserendo violato il suo diritto fondamentale alla protezione dei dati, tutelato dall'art. 1 GDPR, in conseguenza della pubblicazione dei resoconti dell'audizione con modalità tali da rivelare la sua identità senza il suo consenso.

Il *Datenschutzbehörde*, dal canto suo, si è pronunciato per il rigetto del reclamo, affermando la propria incompetenza sulla base del principio costituzionale di separazione dei poteri che preclude all'Esecutivo, nella cui sfera è incardinata tale Autorità, di esercitare qualsiasi sindacato o controllo sull'attività del Legislativo, di cui è esponente la commissione parlamentare d'inchiesta.

L'interessato ha quindi adito il Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*), che ne ha accolto il ricorso affermando l'applicabilità del GDPR all'attività parlamentare. A seguito dell'impugnazione dell'Autorità di protezione dei dati dinanzi al *Verwaltungsgerichtshof*, questa Corte ha posto la questione pregiudiziale ora decisa dalla Corte di Giustizia UE, sollecitando l'interpretazione di disposizioni normative che in un certo senso segnano il *limes* del sistema europeo di protezione dei dati, poiché stabiliscono quel che è dentro la sua soglia e quel che ne rimane fuori.

³⁸ Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 16 gennaio 2024 nella causa C – 33/22, *Österreichische Datenschutzbehörde c. WK*, con l'intervento del *Präsident des Nationalrates* (ECLI:EU:C:2024:46).

I giudici di Lussemburgo, nel solco delle conclusioni dell'Avvocato generale³⁹, hanno sostenuto l'applicabilità alle attività parlamentari del diritto alla protezione dei dati, argomentando che una determinata attività non può considerarsi esclusa dall'ambito di applicazione materiale del diritto dell'Unione, e dunque da quello del GDPR, per la sola ragione che essa è esercitata da una commissione di inchiesta istituita dal Parlamento di uno Stato membro; d'altra parte lo stesso perimetro applicativo del GDPR, ha precisato la Corte, deve essere interpretato in modo ampio, in coerenza con la "lettura inclusiva" che essa ne ha reso nelle proprie pronunce.

L'esercizio dei poteri di controllo parlamentare sull'Esecutivo non è dunque, in quanto tale, materia sottratta alla *data protection* europea. Né il fatto che tale controllo riguardi questioni relative alla sicurezza nazionale (questo l'oggetto della seconda questione sollevata) vale a sottrarre, secondo la Corte, il trattamento di dati personali effettuato in quella circostanza all'applicazione delle norme europee: il limite che queste si pongono (all'art. 2 GDPR⁴⁰) va sottoposto ad un'interpretazione stringente e riferito ai soli «trattamenti di dati personali effettuati dalle autorità statali nel contesto di un'attività volta a salvaguardare la sicurezza nazionale», ossia alle attività che in modo diretto e concreto sono poste in essere a questo scopo. Compete pertanto al giudice nazionale accertare se, in disparte la qualità pubblica o le attribuzioni del soggetto che lo effettua, il trattamento è concretamente effettuato al fine di proteggere funzioni ed interessi fondamentali dello Stato e della società (requisito che i giudici non hanno ritenuto sussistenti nell'attività di inchiesta parlamentare su temi inerenti alla sicurezza nazionale).

L'importante pronuncia della Corte di Giustizia mostra come l'esigenza di tutelare il diritto all'oblio in relazione agli atti parlamentari si sia fatta strada nel dibattito giuridico europeo.

In queste linee evolutive si riflette tuttavia un'evoluzione più vasta. Essa riguarda la vocazione del GDPR a porsi come *lex generalis*, la cui disciplina non si cura di distinguere tra diritto pubblico e diritto privato, e anzi solo in modo residuale riserva ai poteri pubblici apposite norme; è proprio l'interpretazione generalizzante della portata applicativa del diritto europeo a consentirgli di penetrare in profondità in spazi finora regolati da norme di carattere sostanzialmente derogatorio.

Alla luce di questi sviluppi può presumersi che qualora questi

³⁹ Presentate dall'Avvocato generale Spuznar l'11 maggio 2023 (ECLI:EU:C:2023:397).

⁴⁰ Su cui v. M. GRAZIADEI, Art. 2, in R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA (a cura di), *Codice della privacy e data protection*, cit., p. 129 ss.

orientamenti dovessero radicarsi, il tema dell'interazione tra *data protection* e *parliamentary privileges*, affrontato a livello dell'Unione, potrebbe assumere rilievo problematico per l'attività di parlamenti nazionali tra cui quello italiano, benché le procedure che vi sono state adottate abbiano perseguito un contemperamento tra la sua autonomia costituzionale e la tutela di diritti fondamentali.

In conclusione, può ritenersi che il diritto all'oblio, innestato su un terreno peculiare come quello delle prerogative parlamentari, si sia rivelato strumento di mediazione tra i vincoli derivanti dalla «proprietà pubblica dell'informazione parlamentare» (per usare una formula coniata in ambito internazionale dalla *declaration on parliament openness*⁴¹) e le garanzie relative alla tutela di diritti fondamentali.

ABSTRACT

In the Member States of the European Union, GDPR and parliaments is a topic raising legal complexities and sensitive political issues which involve the scope and the application of the EU Regulation, and concurrently enable a comparative insight of national implementations within different constitutional contexts.

Despite a broad view that there is an area of core parliamentary activity falling outside the scope of Union Law (and therefore outside the scope of GDPR), the boundary of this area is difficult to outline.

A relevant example concerns the "right of erasure" of personal data applied to parliamentary records, given that the whole digitalisation of these records and their broad accessibility on the web have raised the issue of the reputational damage eventually occurring to individuals mentioned in these records, who may wish to have their data "erased" from parliamentary reports and proceedings. In this field, the balancing between the conflicting interests (on one hand, freedom of speech of the MPs and publicity of parliamentary proceedings; on the other hand, personality rights and individual privacy) has more general implications for the meaning and the scope of so-called (and somewhat misleading) "right to be forgotten".

From this perspective, the Italian experience is relevant, as both Houses of the Parliament have introduced procedures in order to scrutinize individual applications related to the "delisting" of personal data from online parliamentary records.

KEYWORDS: Data Protection; Parliamentary Privilege; "Right to be forgotten".

⁴¹ Adottata il 29 agosto 2012 con il sostegno iniziale di 76 organizzazioni di 53 Paesi, la *Declaration on Parliamentary Openness* è consultabile al sito: <https://openingparliament.org/static/pdfs/english.pdf>.

Maria Dicosola

*La tutela della libertà di espressione online tra pubblico e privato**

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le nuove tecnologie tra pubblico e privato e la crisi della democrazia costituzionale – 2. La libertà di espressione *online* e il diritto applicabile – 3. La libertà di espressione *online*, la responsabilità delle piattaforme digitali e la moderazione dei contenuti – 4. La moderazione dei contenuti e il Meta Oversight Board – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione. Le nuove tecnologie tra pubblico e privato e la crisi della democrazia costituzionale

Il potere, a partire dagli ultimi decenni del '900, sta attraversando un processo di «metamorfosi» e «trasloco», per effetto della globalizzazione e dell'affermazione di forme di governance¹ nelle quali svolgono un ruolo di primo piano attori privati, a discapito degli enti pubblici². In tale contesto, lo Stato e i principi sui quali tale forma di organizzazione del potere si è andata consolidando stanno attraversando un processo di profonda crisi³. In particolare, le grandi imprese digitali, società private multinazionali, occupano spazi sempre più ampi in precedenza riservati agli Stati, determinando un problematico percorso di redistribuzione del potere tra pubblico e privato⁴.

Le nuove tecnologie, dunque, si inseriscono nell'evoluzione e nelle

* Il presente contributo rientra nell'ambito di una linea di ricerca del progetto competitivo *Horizon Europe Seeds* finanziato dall'Università degli Studi di Bari A. Moro, dal titolo "Libertà di opinione, formazione del consenso e nuove tecnologie".

¹ Nell'accezione e con le problematiche delineate da M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna 2010.

² Nelle parole di M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Il Mulino, Bologna 2022.

³ Osserva la crisi della democrazia costituzionale L. Ferrajoli, secondo il quale a tale fenomeno contribuiscono la crisi del principio rappresentativo, le ridotte garanzie dei principi di uguaglianza, libertà e giustizia, il processo di globalizzazione e l'insostenibilità ecologica dello sviluppo economico: L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Bari-Roma 2021.

⁴ FERRARESE, *Poteri nuovi (...)*, cit.

trasformazioni che stanno interessando la democrazia costituzionale, la cui affermazione, a partire dal crollo dei regimi autoritari novecenteschi, si è andata realizzando nella cornice statale. Il loro ruolo è ambivalente: da una parte, possono contribuire ad offrire soluzioni per la difesa dei principi e dei valori fondamentali della democrazia costituzionale, scongiurando pericolose regressioni⁵; dall'altra, possono esse stesse contribuire ulteriormente al loro declino. Tanto si osserva con riguardo alle procedure democratiche, ai diritti e alle libertà e al principio di separazione dei poteri.

Con riferimento alle procedure democratiche, le nuove tecnologie offrono strumenti per superare i difetti della democrazia – in particolare nelle dimensioni della democrazia rappresentativa e diretta – il cui carattere «intermittente» contribuisce al declino della partecipazione politica dei cittadini. Al contrario, come osserva Rodotà, le nuove tecnologie, favorendo la creazione di spazi di informazione e comunicazione privi di intermediazione, introducono l'idea della «democrazia continua»⁶: si tratta di un nuovo modello di democrazia, non centralizzata e che valorizza non solo il momento finale della deliberazione, ma anche e soprattutto la partecipazione dei cittadini. In tale contesto, le procedure democratiche vengono ad essere rinforzate non solo attraverso tecnologie che favoriscono l'informazione e lo scambio di opinioni, ma anche tramite meccanismi, quali il voto elettronico e l'attività parlamentare con il supporto di tecnologie informatiche, che consentono di rafforzare gli strumenti della democrazia rappresentativa, diretta e partecipativa.

D'altro lato, tuttavia, le nuove tecnologie possono esse stesse contribuire al declino della democrazia costituzionale: all'«utopia positiva della democrazia elettronica» fa da contraltare l'«utopia negativa» della società della totale sorveglianza e trasparenza. In tale contesto, «pure l'età digitale ha i suoi peccati, sette come vuole la tradizione»⁷: in primo luogo, nella «tecnopolitica», l'ampiezza della libertà elettronica si scontra con l'interesse di grandi colossi economici privati a detenere il monopolio della gestione

⁵ Sulla regressione costituzionale quale sottile forma di crisi della democrazia costituzionale, anche in assenza di formali atti di rovesciamento delle istituzioni democratiche, cfr. M. LOUGHLIN, *The Contemporary Crisis of Constitutional Democracy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 2019, pp. 435-454. Si tratta di un fenomeno che si osserva non solo nelle democrazie in transizione, ma anche nelle democrazie c.d. «stabilizzate», come evidenziato in M.A. Graber, S. Levinson, M. Thshnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford 2018, e da T. GINSBURG, A.Z. HUO, *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago 2018.

⁶ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma-Bari 1997, in part. pp. 3-26.

⁷ *Ibidem*.

delle informazioni. L'effetto che ne deriva è che il principio di uguaglianza, fondamento ultimo della democrazia costituzionale, sia immolato sull'altare degli interessi economici⁸.

Inoltre, il mutamento di ruolo delle piattaforme informatiche, che, con la diffusione dei *social network*, da attori economici in senso stretto si sono trasformate in poteri privati in competizione con i poteri pubblici, esercita una notevole influenza sul principio di separazione dei poteri nelle democrazie costituzionali contemporanee. Le problematiche connesse con la tecnologia digitale, infatti, hanno rafforzato il ruolo dei giudici, principali attori del bilanciamento tra diritti e valori nell'arena digitale: la tecnologia digitale ha così rafforzato il processo già in atto di *judicial globalisation*, esasperando la "solitudine" del legislatore che resta spesso volontariamente inerte di fronte all'impatto delle evoluzioni tecnologiche sulle forme di garanzia delle libertà e dei diritti. A partire dall'approvazione del Regolamento generale sulla protezione dei dati, il costituzionalismo digitale europeo sembra attraversare una nuova fase, caratterizzata dal tentativo del legislatore di riappropriazione del proprio ruolo, che però finisce per essere esercitato in modo frammentario e rischia di aggravare la contrapposizione tra l'approccio europeo e quello statunitense in un contesto caratterizzato necessariamente dalla transnazionalità degli effetti delle azioni che si svolgono sulle piattaforme digitali, con la probabile conseguenza dell'ineffettività della normativa europea⁹.

Ma sono gli stessi poteri a subire una radicale metamorfosi per effetto dell'espansione delle nuove tecnologie. In effetti, le categorie classiche sulla base delle quali prima della rivoluzione digitale si fondava il rapporto tra autorità e libertà risulta profondamente trasformato: in particolare, i *social network* ridisegnano le regole della comunicazione, creando comunità virtuali aterritoriali, instabili e volatili, nelle quali trovano origine nuove identità politiche, nell'ambito di una struttura reticolare del potere, fondata sull'inscindibilità tra lo spazio pubblico e quello privato¹⁰.

Infine, il ruolo ambivalente delle nuove tecnologie nella democrazia costituzionale si apprezza con ancora maggiore evidenza con riguardo al loro effetto sulle concrete modalità di esercizio delle libertà individuali. La libertà di espressione rappresenta un campo di indagine privilegiato con riguardo a tali problematiche. In effetti, le potenzialità, apparentemente illimitate, di scambio di informazioni sulla rete espandono le modalità di

⁸ FERRARESE, *Poteri nuovi (...)*, cit., pp. 79-117.

⁹ O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2023, pp. 569-594.

¹⁰ FERRARESE, *Poteri nuovi (...)*, cit., in part. pp. 112-119.

esercizio di tale libertà, pilastro del costituzionalismo e della democrazia costituzionale¹¹. È in tal senso che si sostiene che le tecnologie rappresentino uno «sviluppo delle libertà»¹². D'altra parte, tuttavia, le stesse garanzie di tale libertà – e di quelle che ne derivano – rischiano di essere erose per effetto dell'espansione delle nuove tecnologie. In effetti, la libertà di espressione costituisce oggi un sistema triangolare, la cui tutela – e il cui bilanciamento con ulteriori valori e diritti altrettanto meritevoli di tutela – coinvolge non solo gli Stati e gli individui privati, ma anche gli *Internet provider*, piattaforme digitali e *social media*, strumenti di ricerca on line, siti Internet, ecc. – a loro volta, in tutto o in parte, soggetti privati – che detengono la proprietà e/o la gestione degli strumenti di comunicazione¹³.

Alla luce di tali premesse, il contributo intende indagare gli effetti dell'interazione tra potere pubblico e poteri privati nelle forme di esercizio e garanzia della libertà di espressione nel contesto digitale. A tal fine, saranno oggetto di indagine le problematiche relative all'individuazione del diritto applicabile nelle controversie, all'alternativa tra la tendenza all'autoregolamentazione e la sottoposizione della rete ad un sistema di diritto pubblico, alla responsabilità degli *Internet provider* per i contenuti pubblicati sulle piattaforme informatiche e infine alle regole e alle procedure della moderazione dei contenuti, nel cui ambito rientra la controversa istituzione del Meta Oversight Board.

2. La libertà di espressione online e il diritto applicabile

L'apporto offerto dalle nuove tecnologie alla libertà di espressione – pilastro del costituzionalismo¹⁴ e della democrazia costituzionale, oggetto di tutela in tutte le Costituzioni contemporanee¹⁵ e le fonti sovrastatali di

¹¹ Sulla dimensione costituzionale della libertà di espressione, E. BARENDT, *Freedom of Expression*, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 891-908.

¹² T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Diritto dell'informazione*, 2020, pp. 465-484.

¹³ J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in *Columbia Law Review*, 2012, pp. 2011-2055.

¹⁴ J.S. Mill dedica alla *Libertà di pensiero e discussione* il secondo capitolo del *Saggio sulla libertà*: J.S. MILL, *On Liberty*, prima ed. 1859, su cui cfr. C. MACLEOD, *Mill on the Liberty of Thought and Discussion*, in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, A. Stone, F. Schauer (eds.), Oxford University Press, Oxford 2021, pp. 2-19.

¹⁵ S. GARBAUM, *The Structure of a Free Speech Right*, in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, A. Stone, F. Schauer (eds.), cit., pp. 213-230.

tutela dei diritti¹⁶ – è complesso ed ambivalente.

In effetti, da una parte, le piattaforme informatiche – che costituiscono oggi le infrastrutture attraverso le quali gran parte della comunicazione, privata e pubblica, prende vita, specie grazie alla diffusione dei *social network* – hanno favorito una straordinaria espansione delle modalità di esercizio della libertà di espressione, consentendo un livello di scambio di informazioni, di interconnessioni personali e di partecipazione al dibattito pubblico impensabili fino a pochi decenni fa. Dall'altra, ne favoriscono abusi¹⁷ che impongono così ulteriori e delicate operazioni di bilanciamento.

Più in generale, le nuove dimensioni della libertà di espressione contribuiscono al consolidamento dei principi democratici e degli stessi processi di transizione democratica¹⁸. Non a caso, tra i nuovi diritti la cui tutela si impone nel XXI secolo, il diritto di accesso a Internet¹⁹, quale diritto sociale, occupa un ruolo di primo piano²⁰. D'altra parte, le stesse piattaforme informatiche offrono rinnovati e più sofisticati strumenti di manipolazione delle informazioni nello spazio digitale – tramite la rapidissima diffusione di notizie in parte o interamente false – ad opera di privati, nonché di governi autoritari, in grado così di influenzare la libertà di opinione degli individui – e dunque il loro consenso – per scopi di propaganda politica. Le nuove tecnologie, in tal senso, amplificano le problematiche del bilanciamento tra libertà di espressione, diritto alla verità e libertà di opinione²¹.

Una delle principali problematiche relative alla tutela e al bilanciamento

¹⁶ M. HAMILTON, *Freedom of Speech in International Law*, in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, A. Stone, F. Schauer (eds.), cit., pp. 193-212.

¹⁷ Cfr. in tal senso G.P. MAGARIAN, *The Internet and Social Media*, in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, A. Stone, F. Schauer (eds.), cit., pp. 350-368.

¹⁸ Le nuove tecnologie hanno favorito, a partire dai primi decenni degli anni duemila, proteste contro i regimi autoritari, come è avvenuto nel contesto delle primavere arabe: cfr. K. RUIJGROK, *From the Web to the Streets: Internet and Protests under Authoritarian Regimes*, in *Democratization*, 2017, pp. 498-520.

¹⁹ Proclamato nella risoluzione dell'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet*, 2018, UN Doc A/HRC38/L.10/Rev.1.

²⁰ La dottrina sul diritto di accesso a Internet come diritto costituzionale è amplissima. Cfr. almeno T. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, 2011; G. DE MINICO, *Diritti, regole, Internet*, in *Costituzionalismo.it*, 2011; nonché i contributi raccolti in *Il diritto di accesso ad Internet*, a cura di M. Pietrangelo, Edizioni scientifiche italiane, Napoli 2011.

²¹ La dottrina sul problematico tema delle *fake news* nell'era digitale è amplissima. Cfr. ad esempio i contributi raccolti in *La disinformazione online e il ruolo degli esperti nell'agorà digitale: una prospettiva transdisciplinare*, a cura di M. Monti, in *Federalismi.it*, 2020.

della libertà di espressione *online* è costituita dalla transterritorialità delle principali piattaforme informatiche, che si scontra con il carattere tradizionalmente nazionale dei sistemi di garanzia e bilanciamento dei diritti, e in modo particolare della libertà di espressione. Nello specifico, ad un approccio moderato, nel quale la stessa è sottoposta a limiti significativi attraverso il ricorso al controllo di proporzionalità²², nel contesto europeo, la cui cultura costituzionale impone un rigoroso rispetto del principio di dignità umana, si contrappone un approccio di gran lunga più liberale, volto a garantire la maggior tutela possibile alla libertà di espressione, nel contesto statunitense²³.

In effetti, l'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel proclamare la libertà di espressione, non ne definisce il contenuto in termini assoluti, ma la sottopone ad una serie di clausole di limitazione, che hanno costituito la base giuridica per l'opera di bilanciamento realizzata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La concreta interpretazione della libertà di espressione si inserisce così nel contesto di una concezione militante della democrazia, che ne difende la tenuta evitando possibili abusi dei diritti che la stessa democrazia assicura. Infatti, la Corte, pur riconoscendo il carattere ampio della tutela della libertà di espressione, sostenendo che non possa essere oggetto di limitazioni anche in presenza di dichiarazioni offensive, disturbanti o scioccanti, in base al principio pluralistico e di tolleranza²⁴, ha tuttavia affermato che l'*hate speech* ne giustifica la limitazione. La giurisprudenza europea, dunque, nel sottoporre a rigide limitazioni la libertà di esprimersi attraverso discorsi d'odio, ha contribuito al complesso processo di definizione di tale diritto²⁵. Secondo la Corte, ad esempio, rientrano nella categoria dei discorsi d'odio le dichiarazioni di odio etnico, razziale e religioso²⁶ e l'incitamento alla violenza e alle ostilità contro una parte della popolazione²⁷. Non può essere limitata la libertà di espressione, invece, in relazione a tutti quei discorsi

²² A. STONE, *The Comparative Constitutional Law of Freedom of Expression*, in *Comparative Constitutional Law*, T. Ginsburg, R. Dixon (eds.), Edward Elgar, Cheltenham, UK–Northampton, MA, USA 2011, pp. 406-421.

²³ D. GRIMM, *Freedom of Speech and Human Dignity*, in *The Oxford Handbook of Freedom of Speech*, A. Stone, F. Schauer (eds.), cit., pp. 106-117.

²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Handyside v. United Kingdom*, 1976, 5493/72.

²⁵ Su cui si v. I. SPIGNO, *Discorsi d'odio. Modelli costituzionali a confronto*, Giuffrè, Milano 2018.

²⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands*, 1979, 8348/78, 8406/78.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Surek (n. 1) v. Turkey*, 1999, 26682/95.

che, sebbene critici, polemici e anche aggressivi, non possano qualificarsi in senso stretto come discorsi d'odio. Il medesimo orientamento, secondo il quale l'*hate speech* non rappresenta una forma di legittimo esercizio della libertà di espressione, si osserva negli ordinamenti costituzionali dei Paesi europei, tra i quali la Germania, in particolare, si segnala per un approccio fortemente restrittivo²⁸. Ancora più restrittivo è l'approccio europeo nel bilanciamento della libertà di espressione sulla rete, in quanto, secondo la Corte europea, la diffusione del pensiero su Internet è idonea a ledere più facilmente e gravemente i diritti altrui²⁹. Per questo i giornalisti devono essere sottoposti a limiti molto più rigorosi nel caso di pubblicazioni *online*, rispetto a quanto non sia previsto con riferimento alla carta stampata: in tale contesto, secondo la Corte, la libertà di espressione non è assoluta e deve rispettare altri imperativi legittimi, come la prevenzione di disordini, reati, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui³⁰.

Al contrario, negli Stati Uniti, il I emendamento non sottopone a limiti la libertà di espressione, fondamento ultimo della cultura politica e costituzionale statunitense, coerentemente con un modello di democrazia tollerante condiviso dalla Corte Suprema: la celebre metafora del *free marketplace of ideas* coniata dal giudice Holmes nel 1919³¹ cattura plasticamente le peculiarità dell'approccio degli Stati Uniti alla libertà di espressione. Sulla base di tale presupposto, la Corte Suprema ritiene che eccedano i limiti della libertà di espressione solo quelle manifestazioni del pensiero che siano in grado di determinare un pericolo grave ed imminente per gli individui, identificate sulla base di un rigido test che prevede un elemento temporale – l'individuo deve manifestare l'intenzione di promuovere una condotta illecita imminente – un elemento probabilistico – tale condotta deve potersi verificare con un elevato grado di probabilità – e un elemento finalistico-psicologico – secondo il quale deve essere dimostrata l'intenzione dell'individuo di provocare la condotta³². Il test ha favorito un'interpretazione molto ampia dei margini della libertà di espressione negli Stati Uniti, ulteriormente rafforzati nel contesto delle

²⁸ Dove è stata adottata la prima legge al mondo che prevede sanzioni contro i discorsi d'odio e offensivi sulla rete: *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, 2017.

²⁹ Come affermato in Corte europea dei diritti dell'uomo, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ucraina*, 2011, 33014/05, relativo al bilanciamento tra libertà di espressione e diritto alla riservatezza.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *KU v. Finland*, 2008, 2872/02.

³¹ Corte Suprema USA, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).

³² Corte Suprema USA, *Barnesburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

nuove tecnologie. Nel celebre caso *Reno v. ACLU*³³, la Corte, applicando la metafora del *free marketplace of ideas* al contesto digitale, ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con il I emendamento, la norma del *Communication and Decency Act* (CDA) che intendeva vietare che i minori potessero avere accesso, su Internet, a contenuti indecenti e manifestamente offensivi. Secondo la Corte Suprema, infatti, le restrizioni erano troppo vaghe e indeterminate e non erano rispettose dello *strict scrutiny* stabilito in precedenza. Sulla base delle stesse argomentazioni, sono poi state dichiarate incostituzionali le leggi successivamente approvate allo scopo di proteggere i minori dalla visione di contenuti pornografici su Internet³⁴.

Il conflitto tra l'approccio europeo e statunitense riguardo i limiti e delle modalità di bilanciamento della libertà di espressione nel contesto analogico, dunque, si riflette e si aggrava nel contesto tecnologico³⁵, dove il carattere transterritoriale delle piattaforme informatiche pone la problematica cruciale dell'individuazione del diritto applicabile nelle controversie. Ne derivano situazioni di incertezza giuridica, nelle quali la decisione ultima è affidata quasi esclusivamente alla discrezionalità dei giudici, come è emerso nel caso *Yahoo! Licra*.

Nell'impossibilità pratica di giungere ad accordi riguardo l'adozione di un *Internet Bill of Rights* sul piano internazionale, cruciale, ed ulteriormente problematico, è il tema dell'autoregolamentazione delle piattaforme informatiche.

3. *La libertà di espressione online, la responsabilità delle piattaforme digitali e la moderazione dei contenuti*

Il bilanciamento tra libertà di espressione ed altri valori e diritti impone decisioni relative all'eventuale rimozione di contenuti pubblicati sulle piattaforme *online*. Nel contesto europeo, l'attività di moderazione dei contenuti da parte dei *provider* di servizi informatici è condizione necessaria per avvalersi dell'esenzione di responsabilità per eventuali illeciti derivanti dalla pubblicazione di contenuti da parte di utenti³⁶, nelle ipotesi di

³³ Corte Suprema USA, *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

³⁴ Il *Child Online Protection Act*, 1998, e il *Child Pornography Prevention Act*, 1996.

³⁵ O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, 2018, pp. 48-82.

³⁶ Cfr. G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in *Federalismi.it*, 1, 2022, pp. 80-126.

violazione di limitazioni all'esercizio della libertà di espressione fondate sul principio di dignità umana. Pur non costituendo un onere, la moderazione interna non è ad ogni modo vietata nemmeno nel contesto statunitense. Sia in Europa che negli Stati Uniti, dunque, il ruolo del legislatore – e in particolare del legislatore nazionale – è recessivo nei confronti di quello non solo dei giudici, ma anche delle stesse piattaforme informatiche, soggetti privati, che finiscono in tal modo per svolgere funzioni tradizionalmente affidate a soggetti pubblici.

Il principio della responsabilità del *provider* è stato introdotto per via giurisprudenziale sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che dalla Corte di Giustizia, in riferimento, rispettivamente, alla pubblicazione di contenuti diffamatori, in contrasto con il divieto di *hate speech*, e al diritto all'oblio, nei celebri casi *Delfi v. Estonia*³⁷ e *Google Spain*³⁸. Sulla base di tali *leading cases*, nella giurisprudenza europea, dunque, non solo si afferma il principio della responsabilità indiretta del *provider* per l'eventuale lesione dei diritti fondamentali degli utenti delle piattaforme informatiche, ma si introduce un onere di moderazione dei contenuti pubblicati, al fine di dare attuazione concreta al bilanciamento tra la libertà di espressione e gli altri diritti e valori meritevoli di tutela nel contesto digitale.

Alle piattaforme si impone un onere di controllo ed eventuale rimozione di contenuti sulla base del meccanismo del *notice and take down*, che, nel contesto dell'Unione Europea, la direttiva *E-Commerce* ha generalizzato ad un ampio ventaglio di tipologie di prestatori di servizi e di ipotesi, con particolare riguardo agli *hosting provider*, che forniscono servizi di memorizzazione permanente di dati su Internet. La direttiva, nell'intento di individuare un punto di equilibrio tra i due estremi della totale esclusione di responsabilità dei *provider* e di criteri di imputazione della stessa eccessivamente rigorosi³⁹, pur affermando il principio generale secondo il quale non

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Delfi AS v. Estonia*, 2015, 64569/09. Nel caso di specie, la Corte europea considera non in contrasto con l'art. 10 della Convenzione la misura che pone a carico di un Internet *provider* il risarcimento dei danni subiti da un utente per contenuti diffamatori pubblicati su un *social network*.

³⁸ Corte di Giustizia UE, *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González*, 2014. Nel caso di specie, la Corte di Giustizia stabilisce un ulteriore effetto della responsabilità del *provider* per contenuti pubblicati sulla piattaforma informatica, prevedendo che gli Internet *provider* siano obbligati ad attivarsi per la rimozione di contenuti che violino il diritto alla riservatezza degli utenti, come nel caso di specie, nel quale un utente della piattaforma Google rivendicava la cancellazione di una notizia relativa ad un procedimento giudiziario nel quale era stato coinvolto in passato.

³⁹ G. D'ALFONSO, *La procedura di «notice and take down» e la responsabilità civile dell'hosting provider. Prospettive comparative e riflessioni critiche per un intervento armonizzante di hard*

si configura a carico degli intermediari informatici alcun obbligo generale di sorveglianza⁴⁰, prevede una duplice categoria di condizioni in presenza delle quali si configurano ipotesi di esonero da responsabilità per la pubblicazione di contenuti illeciti sulle piattaforme informatiche. In particolare, gli *hosting provider* sono esonerati da responsabilità a condizione di non essere effettivamente al corrente del carattere illecito della pubblicazione, ovvero agire immediatamente per la rimozione dei contenuti.

L'applicazione della direttiva, da un lato, ha determinato un'ulteriore responsabilizzazione degli Internet *provider*, come è emerso nel caso *Google v. France*⁴¹, nel quale la Corte di Giustizia ha stabilito il principio per cui è esonerato da responsabilità il prestatore di servizi che non abbia svolto un ruolo attivo nella pubblicazione dei contenuti e che dunque non fosse a conoscenza o non potesse esercitare alcun controllo sugli stessi contenuti. Dall'altra, la discrezionalità degli Internet *provider* nel determinare le specifiche ipotesi di *notice and take down* è stata controbilanciata dalla contrapposta discrezionalità, di carattere pubblicistico, delle corti. Come affermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Ebay*⁴², è il giudice a valutare l'effettività della conoscenza di fatti e/o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe constatato l'illiceità del comportamento. Inoltre, nel caso *Glewsching*, del 2018, la Corte ha stabilito che un ordine di rimozione di contenuti equivalenti ad altri già dichiarati illeciti non è in contrasto con l'art. 15 della Direttiva *E-Commerce* a condizione che l'attività di ricerca sia limitata a elementi di significato invariato.

Si colloca in questa prospettiva il *Digital Services Act*, che ha inteso riformare ed aggiornare la direttiva *E-Commerce* introducendo i regolamenti sui servizi digitali e sui mercati digitali, con il duplice obiettivo, da una parte, di creare uno spazio digitale più sicuro in cui siano protetti i diritti fondamentali di tutti gli utenti e, dall'altra, di creare condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello mondiale⁴³.

law, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi*, 9, 2020, pp. 1-45.

⁴⁰ Direttiva sul commercio elettronico, art. 15.

⁴¹ Corte di Giustizia UE, *Google France SARL and Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA* (C-236/08), *Google France SARL v. Viaticum SA and Luteciel SARL* (C-237/08), *Google France SARL v. Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others* (C-238/08), 2010.

⁴² Corte di Giustizia UE, *L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others*, 2011.

⁴³ Per un'esauritiva panoramica sulle problematiche nelle quali si inserisce il *Digital Service Act*, cfr. *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, a cura di G. Caggiano, G.

In particolare, il regolamento sui servizi digitali prevede regole di esenzione di responsabilità per i prestatori dei servizi digitali intermediari, sulla base di una serie di condizioni piuttosto restrittive, differenziate a seconda della tipologia di prestatore di servizi.

L'esenzione di responsabilità è ampia solo con riferimento ai prestatori di servizio di semplice trasporto⁴⁴, che sono esentati da responsabilità qualora a) non diano origine alla trasmissione, b) non selezionino il destinatario della trasmissione, c) non selezionino né modifichino le informazioni trasmesse. Molto più restrittive, invece sono le condizioni per l'esenzione di responsabilità nei riguardi di servizi di memorizzazione dei dati temporanea⁴⁵ e indefinita⁴⁶. Riguardo i servizi di memorizzazione dei dati temporanea, infatti, l'esenzione di responsabilità si applica a condizione che il prestatore di servizi a) non modifichi le informazioni, b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni, c) si conformi alle norme sull'aggiornamento delle informazioni, d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia per ottenere dati sull'impiego delle informazioni e, infine, e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che abbia memorizzato, o disabilitarne l'accesso, qualora abbia avuto notizia che un organo giurisdizionale/autorità amministrativa abbia ordinato la disabilitazione/rimozione di tali informazioni. Riguardo i servizi di memorizzazione di informazioni indefinita, l'esenzione si applica invece solo qualora il prestatore a) non sia a conoscenza delle attività/contenuti illegali ovvero dei fatti/circostanze che rendono tali contenuti illegali, b) non appena venga a conoscenza di tale situazione di illegalità, agisca prontamente per la rimozione/disabilitazione di tali contenuti.

Imponendo ai prestatori di servizi digitali un onere quasi generalizzato di *notice and take down*, il *Digital Services Act* contribuisce al consolidamento di un sistema di diritto pubblico che impone la regolamentazione dell'attività di pubblicazione di contenuti sulle piattaforme digitali, sulla base della concezione europea della libertà di espressione. Da una parte, dunque, l'autonomia privata delle piattaforme è sottoposta a limiti rigorosi. Dall'altra, le stesse piattaforme finiscono per essere responsabilizzate nell'adozione di atti che consentano il rispetto di tali limiti.

Inoltre, l'onere generalizzato di *notice and take down* determina ulteriori

Contaldi, P. Manzini, Cacucci editore, Bari 2021.

⁴⁴ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (Regolamento sui servizi digitali), art. 4.

⁴⁵ Regolamento sui servizi digitali, art. 5.

⁴⁶ Regolamento sui servizi digitali, art. 6.

obblighi di procedimentalizzazione. Il regolamento, infatti, prevede che le piattaforme predispongano un sistema di gestione dei reclami: devono fornire agli utenti, per un periodo di almeno sei mesi, un sistema interno di gestione dei reclami contro le eventuali decisioni di eventuale rimozione/disabilitazione di contenuti. Tale sistema deve essere gestito in modo tempestivo, non discriminatorio, diligente e non arbitrario. Eventuali ricorsi devono essere deferiti in primo luogo a organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie, scelti liberamente dai soggetti destinatari delle misure di rimozione/disabilitazione, fermo restando il diritto, che resta impregiudicato, di contestare la decisione anche innanzi ad un organo giurisdizionale⁴⁷.

A tale ampia responsabilizzazione diretta delle piattaforme digitali fa tuttavia da contraltare un sistema di autorità di vigilanza pubblico. Come prevede l'art. 49, infatti, gli Stati membri designano una o più autorità competenti per la vigilanza dei fornitori dei servizi intermediari e l'esecuzione del regolamento. Una delle autorità competenti, inoltre, è designata dagli Stati membri quale coordinatore dei servizi digitali, con il potere di richiedere informazioni da parte dei fornitori, effettuare o richiedere all'autorità giudiziaria di ordinare ispezioni, richiedere al personale dei servizi informatici di fornire spiegazioni in merito a informazioni relative a presunte violazioni⁴⁸.

La vigilanza sui prestatori di servizi intermediari è affidata ad un Comitato europeo per i servizi digitali, un gruppo consultivo indipendente di coordinatori dei servizi digitali⁴⁹. Inoltre, con riferimento alle piattaforme e ai motori di ricerca di dimensioni molto grandi, sono riconosciute specifiche competenze alla Commissione⁵⁰, che può avviare un procedimento che può giungere sino all'attribuzione di sanzioni pecuniarie nel caso di violazione delle norme del regolamento⁵¹.

Nell'introdurre un articolato sistema di responsabilità a carico degli Internet *provider*, la giurisprudenza e il legislatore europeo, dunque, delineano progressivamente i contorni di un costituzionalismo digitale, nel quale le modalità di esercizio del potere nell'ecosistema digitale sono sottoposte a limiti⁵².

⁴⁷ Regolamento sui servizi digitali, art. 21.

⁴⁸ Regolamento sui servizi digitali, art. 51.

⁴⁹ Regolamento sui servizi digitali, art. 61.

⁵⁰ Regolamento sui servizi digitali, sez. 4, art. 64 ss.

⁵¹ Regolamento sui servizi digitali, art. 74.

⁵² M.L. CHIARELLA, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital Environment*, in *Athens Journal of Law*, 1, 2023, pp. 33-58.

Tale contesto condiziona la giurisprudenza delle Corti degli Stati membri, nella quale il fenomeno della iper-responsabilizzazione dei *provider*, da una parte, e dell'espansione della discrezionalità giudiziaria, dall'altra, emerge con ancora maggiore evidenza⁵³.

Come accennato, l'approccio degli Stati Uniti sul punto è opposto: coerentemente con una concezione della libertà di espressione aperta e ampiamente rispettosa dell'autonomia dei singoli, gli Internet *provider* sono considerati meri *service provider*, non obbligati ad alcuna forma di controllo editoriale sui contenuti pubblicati sulle piattaforme, e dunque sottoposti esclusivamente a responsabilità secondaria, nel rispetto di rigide condizioni. Come stabilito nel caso *Cubby v. Compuserve*, del 1991⁵⁴, infatti, il ruolo delle piattaforme digitali può essere equiparato a quello di un edicolante, sottoposto a responsabilità molto più limitata rispetto a quella di un editore. Si tratta di un approccio ancora consolidato nonostante le critiche in dottrina⁵⁵, come emerge nei casi *Twitter v. Taamneh*⁵⁶ e *Gonzalez v. Google*⁵⁷, nei quali la Corte Suprema ha escluso la responsabilità civile secondaria delle piattaforme informatiche, considerate meccanismi "agnostici" dal punto di vista contenutistico, per favoreggiamento del terrorismo – ex art. 2333 dello US Code – per effetto degli algoritmi che suggeriscono agli utenti contenuti simili a quelli visionati.

Tale orientamento è coerente con l'art. 230 del *Communication Decency Act* – la c.d. *Good Samaritanian Clause* – secondo il quale il *provider* non è direttamente responsabile per eventuali contenuti illeciti pubblicati sui *social network* dagli utenti, salvo limitatissime eccezioni, quali la violazione di norme penali federali, del diritto di proprietà intellettuale, delle norme sulla riservatezza e sul traffico di materiale a sfondo sessuale. Esclusivamente con riferimento al diritto di proprietà intellettuale si configura un onere di *notice and take down* a carico del *provider*, come previsto dal *Digital Millennium Copyright Act* del 1998⁵⁸.

⁵³ Su tali problematiche, cfr. ampiamente M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione. Prospettive costituzionali e sovranazionali*, Aracne editrice, Roma 2019.

⁵⁴ United States District Court, S.D. New York, *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

⁵⁵ L. FABIANO, *Il liberal-protezionismo digitale statunitense fra difesa della leadership nel mercato tecnologico e sicurezza nazionale*, in *DPCE online*, 3, 2023, pp. 2335-2366.

⁵⁶ Corte Suprema USA, *Twitter, Inc. v. Taamneh*, 2023.

⁵⁷ Corte Suprema USA, *Gonzalez v. Google*, 2023.

⁵⁸ Secondo il quale, nel caso di archiviazione di contenuti coperti dal diritto d'autore, il *provider* non è responsabile in presenza di tre condizioni: 1. illiceità; 1.a) mancata conoscenza effettiva del carattere illecito del contenuto/attività ospitata; 1.b) mancata conoscenza di fatti/circostanze in grado di rivelare l'attività illecita; 1.c) azione immediata

Né la legislazione, né la giurisprudenza degli Stati Uniti, dunque, prevedono un onere generalizzato di *notice and take down* a carico dei prestatori di servizi digitali, nell'ottica della regola dell'irresponsabilità del *provider* per i contenuti pubblicati dagli utenti. Tuttavia, l'interpretazione ampia della *Good Samaritanian Clause* offerta dalla giurisprudenza a partire dal caso *Zeran*⁵⁹ ha paradossalmente finito non solo per non escludere ma per incoraggiare l'introduzione, attraverso norme di *soft law* interna, di meccanismi di moderazione dei contenuti pubblicati sulle piattaforme digitali, alle quali è riconosciuta piena potestà di regolamentazione. Secondo la Corte d'Appello federale nel caso *Zeran*, infatti, l'immunità garantita dall'art. 230 CDA ha il duplice obiettivo di incoraggiare i servizi digitali interattivi e i loro utenti a introdurre sistemi di autosorveglianza per escludere la diffusione su Internet di oscenità e altri materiali offensivi, nonché la libertà di espressione su Internet e lo sviluppo del commercio digitale. Ne sono derivate complesse problematiche di bilanciamento tra il diritto alla moderazione dei contenuti da parte delle piattaforme e la libertà di espressione degli utenti, che, pur generando orientamenti diversificati e incertezze nella dottrina e nella giurisprudenza, si sono risolti nella prevalenza dell'autonomia degli Internet *provider*.

Sia il contesto normativo europeo che quello statunitense, dunque, pur fondati su presupposti contrapposti riguardo la responsabilità dei *provider*, hanno finito entrambi per favorire l'introduzione, da parte delle stesse piattaforme informatiche, di meccanismi interni di moderazione dei contenuti, affidati a sistemi automatici fondati su algoritmi, ovvero alla discrezionalità di persone fisiche. Gli standard e le regole della moderazione hanno delineato i contorni di un sistema di autoregolamentazione privata della libertà di espressione su Internet, inizialmente contenuto in sintetiche linee guida distribuite agli operatori, e successivamente, da una parte, ampliate e specificate, e, dall'altra, rese pubbliche sulle rispettive piattaforme. Gli Standard della Community di Facebook⁶⁰ e le Regole di X⁶¹ rappresentano l'esito di tale percorso.

Il primo obiettivo degli Standard della Community di Facebook è quello di garantire la libertà di espressione, che, tuttavia, in linea con l'orientamento europeo, è sottoposta al bilanciamento con l'autenticità, la

per rimuovere/disabilitare l'accesso al contenuto; 2. assenza di vantaggio economico riconducibile all'attività illecita; 3. applicazione del meccanismo di *notice and take down*.

⁵⁹ United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

⁶⁰ Pubblicati in <https://transparency.fb.com/it-it/policies/community-standards/>.

⁶¹ Pubblicate in <https://help.twitter.com/it/rules-and-policies/x-rules>.

sicurezza, la privacy e la dignità, a cui gli Standard attribuiscono il carattere di valore. Gli standard hanno una vocazione universale: si applicano «a tutti, in tutto il mondo e a tutti i tipi di contenuti». Anche le Regole di X, nel perseguire l'obiettivo della libertà di espressione, che si realizza nell'ambito della «public conversation», ne sottopongono l'esercizio a forme di bilanciamento con le esigenze di sicurezza, privacy e autenticità.

Si tratta di un sistema di regole di carattere contrattuale, definite dalle stesse piattaforme informatiche e che gli utenti si impegnano a rispettare per usufruire del servizio offerto, che, delineando un sistema normativo informale di diritto internazionale⁶², pur offrendo maggiore trasparenza riguardo i criteri della moderazione, non fanno che confermare la centralità del ruolo dei *provider* nella governance della libertà di espressione su Internet⁶³, né offrono maggiori garanzie sulle modalità con le quali effettivamente l'attività di moderazione è condotta e sui limiti dell'attività degli stessi.

L'istituzione del Facebook Oversight Board, di seguito esteso anche alla piattaforma Instagram per effetto della fusione delle due società, rappresenta un ulteriore tassello di tale complesso processo.

4. La moderazione dei contenuti e il Meta Oversight Board

La decisione di istituire un Oversight Board, adottata nel 2018 da Facebook – successivamente Meta – faceva seguito alle ampie critiche sollevate contro la piattaforma nel contesto della campagna per le elezioni presidenziali statunitensi del 2016⁶⁴ e del c.d. scandalo dei *Facebook Files*⁶⁵, che avevano evidenziato le responsabilità dei *social network*

⁶² G.M. RUOTOLO, *A Little Hate, Worldwide! Di libertà d'opinione e discorsi politici d'odio on-line nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2020, pp. 549-82.

⁶³ K. KLONICK, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 2018, pp. 1598-1670.

⁶⁴ In occasione delle quali è emersa la capacità della piattaforma, e dei suoi meccanismi di funzionamento, di influenzare la libertà di opinione degli elettori, favorendo – o non impedendo – la diffusione di *fake news* provenienti anche da gruppi di pressione collegati a potenze straniere, fenomeno ampiamente studiato dalla dottrina politologica.

⁶⁵ Esploso a partire dalla pubblicazione, dal mese di settembre 2021, di una serie di articoli sul *Wall Street Journal*, nei quali venivano rivelate alcune condotte che dimostravano le responsabilità e la scarsa efficacia degli strumenti di prevenzione posti in essere da Meta per i danni generati dall'abuso della piattaforma. In particolare, emergevano l'attribuzione di speciali autorizzazioni a favore di utenti di alto profilo, reazioni controllate a segnalazioni

riguardo la diffusione di *fake news* e la scarsa trasparenza delle procedure di moderazione dei contenuti.

La commissione – definita da Mark Zuckerberg, con una denominazione dalla forte valenza metaforica, “Corte Suprema di Facebook”⁶⁶ – è incaricato di dirimere le controversie e adottare opinioni consultive, relative alle eventuali decisioni di rimozione di contenuti ovvero sospensione o cancellazione di *account* per violazione degli standard della *community*. Secondo quanto dichiarato dal fondatore di Facebook e dalla carta istitutiva, il Meta Oversight Board è indipendente rispetto alla società. Il giudizio indipendente dell’Oversight Board, dunque, rappresenta, secondo l’intento dell’azienda, lo strumento attraverso il quale è garantita la libertà di espressione, secondo un’accezione che, discostandosi dal modello del I emendamento della Costituzione statunitense e richiamando piuttosto il modello europeo, implica necessariamente forme di bilanciamento con valori e interessi contrapposti⁶⁷. Il Board, in tale contesto, è concepito come un ingranaggio del sistema di governance delle piattaforme facenti capo a Meta, volto a legittimare le decisioni di moderazione, assicurandone democraticità e trasparenza⁶⁸, e, in ultima analisi, ad agire da contropotere nei confronti della società proprietaria di Facebook e Instagram⁶⁹.

In effetti, la Oversight Board *Charter* (OBC)⁷⁰, coerentemente con gli

di pubblicazioni di contenuti contrari agli standard della community sul traffico di esseri umani e cartelli della droga, un’iniziativa volta ad accrescere il numero di notizie visualizzate dagli utenti a favore di Meta, nonché l’esistenza di documenti che documentavano una ricerca condotta da Meta, che dimostrava gli effetti dannosi prodotti da Instagram sugli utenti più giovani, di cui dunque la piattaforma era pienamente consapevole.

⁶⁶ Sulle peculiarità e i rischi dell’uso di metafore costituzionali nel contesto digitale, cfr. J. COWLS, P. DARIUS, D. SANTISTEVAN, M. SCHRAMM, *Constitutional Metaphors: Facebook’s ‘Supreme Court’ and the Legitimation of Platform Governance*, in *New Media & Society*, 2022.

⁶⁷ Significativamente, il sito Internet dedicato all’Oversight Board si intitola: *Rispetto della libertà di espressione, garantito da un giudizio indipendente*: <https://www.oversightboard.com/>.

⁶⁸ In tal senso, secondo parte della dottrina, il MOB rappresenta un’importante innovazione, che offre soluzioni per le problematiche del sistema di moderazione dei contenuti delle piattaforme informatiche: cfr. in tal senso E. DOUEK, *Facebook’s Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, 1, 2019, pp. 1-78, nonché K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 2020, pp. 2418-2499; J. SMITH, J. DOE, *Can the Facebook Oversight Board Buold Legitimacy in the Absence of the State?*, in *American Journal of Art and Communication*, 2021, pp. 1-10.

⁶⁹ Nel limitare il potere di Meta, il MOB è assimilabile, secondo parte della dottrina, ad un tribunale dei diritti umani: cfr. in tal senso L. HELFER, M.K. LAND, *The Meta Oversight Board’s Human Rights Future*, in *Cardozo Law Review*, 6, 2023, pp. 2233-2301.

⁷⁰ Pubblicata sul sito di Meta al seguente link: <https://about.fb.com/wp-content/>

standard della *community*, si apre dichiarando che l'obiettivo di Facebook consiste nell'offrire ai propri utenti uno strumento per l'esercizio della libertà di espressione, alla quale si riconosce il valore di diritto umano fondamentale. Si ribadisce, tuttavia, la necessità del bilanciamento di tale diritto con i valori dell'autenticità, sicurezza, privacy e dignità, azione che rientra, nelle parole della carta, nell'ambito delle responsabilità della piattaforma. La società, dunque – in linea con le regole imposte dalla normativa europea e nonostante l'esenzione prevista nel sistema statunitense – dichiara di assumersi la responsabilità dei contenuti pubblicati sulle proprie piattaforme, che implica una competenza a porre in essere il bilanciamento tra la libertà di espressione e i valori enunciati. L'istituzione dell'Oversight Board, come si legge nella carta, risponde all'obiettivo di assicurare che tale bilanciamento si realizzi sulla base di decisioni imparziali, giuste e indipendenti. A tal fine, si assicura la trasparenza del procedimento innanzi al Board, nel rispetto della privacy degli utenti⁷¹.

I criteri di composizione del Meta Oversight Board, tuttavia, sembrano integrare solo in parte i principi di indipendenza e imparzialità: i componenti del comitato – in numero variabile tra 11 e 40 – sono individuati sulla base di una selezione svolta dall'azienda, secondo criteri che non sono esplicitati. Problematico è il rispetto dei principi di indipendenza e imparzialità anche con riferimento alla durata del mandato, pari a tre anni, con la possibilità di rinnovo per due ulteriori mandati: non è possibile escludere, in effetti, che la durata ridotta del mandato e l'aspettativa dei possibili rinnovi possano incidere negativamente sulla libertà di giudizio dei componenti.

La discrezionalità della scelta e i possibili condizionamenti legati all'aspettativa del rinnovo del mandato sono tuttavia bilanciati dalla necessità che i componenti del Board possiedano requisiti di professionalità, competenza, diversificazione ed esperienza, come stabilisce la carta dell'OB⁷². In particolare, il principio di diversificazione si riflette sia sulle competenze professionali che sulla composizione geografica. Sotto il primo profilo, i criteri di diversificazione, professionalità e competenza appaiono pienamente rispettati. In effetti, tra i componenti – tra i quali si annovera anche Tawakkol Karman, vincitrice del premio Nobel per la pace – il comitato annovera docenti universitari di materie giuridiche, giornalisti, funzionari presso enti pubblici e privati, personalità che svolgano o abbiano svolto attività politica, con una comprovata esperienza in materia di diritti

uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf.

⁷¹ Oversight Board Charter, Introduction.

⁷² OBC, art. 2.

umani, libertà di espressione e nuove tecnologie. Più problematico è invece il rispetto del criterio dell'equilibrio geografico: l'art. 1.4.1 delle *Oversight Board Bylaws* (OBB), infatti, indica nel dettaglio le aree geografiche che devono essere rappresentate nella composizione del Board. Sotto tale profilo, l'obiettivo della diversificazione non appare pienamente raggiunto, se si considera la totale assenza di alcune aree geografiche, osservando non solo l'effettiva composizione del comitato, ma anche la formulazione dello stesso art. 1.4.1 OBB. Rilevante è in effetti l'assenza di Paesi quali la Russia e la Cina da quelli menzionati nel regolamento; inoltre, l'effettiva composizione della commissione si caratterizza per la prevalenza di componenti provenienti dagli Stati Uniti e dall'Europa⁷³.

A garanzia dell'indipendenza dei componenti, nell'ambito del sistema di governance dell'OB, è istituito un *trust*, incaricato della gestione e della garanzia della responsabilità dell'Oversight Board, così come l'aderenza dell'azione di quest'ultimo agli obiettivi stabiliti nella Oversight Charter⁷⁴. Come si legge nel regolamento, l'obiettivo del trust è di facilitare l'istituzione, il finanziamento, la gestione e il controllo di una struttura che consenta l'operatività del Board. Si tratta di un organo formalmente indipendente da Meta, composto dall'Oversight Board Trust, il trust in senso stretto, e l'Oversight Board Limited Liability Corporation, un ente istituito dal trust per occuparsi delle relazioni contrattuali con i componenti del Board, inclusa la gestione dei compensi e delle spese di questi ultimi, nonché delle procedure di assunzione dello staff. Ad ogni modo, il contributo del trust per la garanzia dell'indipendenza dei componenti del Board appare discutibile, considerando, da una parte che i componenti dello stesso trust sono nominati da Meta⁷⁵, sulla base di criteri non esplicitati nel regolamento, e, dall'altra, che il trust è finanziato dalla stessa azienda⁷⁶.

A garanzia del principio di trasparenza, le regole procedurali sono dettagliatamente stabilite dal regolamento. Il procedimento prende avvio sulla base del ricorso promosso dagli utenti di una delle piattaforme del gruppo Meta, in possesso di un account attivo – enfaticamente definiti “popolo” nella carta e nel regolamento – ovvero su rinvio di Meta⁷⁷. Emerge tuttavia un certo squilibrio tra la posizione degli utenti e quella di Meta,

⁷³ Alcuni componenti provengono dall'America Latina (Messico, Brasile, Colombia), Australia, Israele, alcuni Paesi africani, del Medio oriente e India.

⁷⁴ OBC, art. 5.2.

⁷⁵ OBB, art. 4.1.

⁷⁶ OBC, art. 5.2; OBB, artt. 2.1.3, 2.1.3.1.

⁷⁷ OBB art. 3.

dal momento che solo nella seconda ipotesi l'azienda può richiedere che la decisione del Board sia adottata con procedura d'urgenza⁷⁸.

Ciascun ricorso è assegnato ad un panel, composto di norma da cinque membri del Board. Le decisioni assunte sono rese pubbliche e archiviate in una banca dati, oltre che raccolte in report annuali⁷⁹. Il parametro di riferimento per l'adozione delle decisioni, secondo la OBC, è costituito dai valori e dalla *policies* di Meta, oltre che dalle decisioni precedenti, alle quali si riconosce valore persuasivo⁸⁰. L'Oversight Board, nelle decisioni effettivamente assunte a partire dalla sua istituzione, ne ha offerto un'interpretazione espansiva, includendo, nell'ambito del giudizio, anche fonti di diritto internazionale rilevanti, con particolare riferimento al Patto internazionale sui diritti civili e politici. Non vi è mai menzione, invece, delle fonti del diritto del luogo di residenza del ricorrente. L'effettiva trasparenza delle procedure decisionali, tuttavia, resta carente: infatti, sebbene la composizione dell'Oversight Board sia pubblica, non sono resi noti i nominativi dei componenti del panel⁸¹ e le deliberazioni non si svolgono pubblicamente⁸².

Tale breve disamina delle peculiarità del Meta Oversight Board, in definitiva, lascia intravedere numerosi aspetti controversi. In effetti, la commissione, sebbene da una parte rappresenti un'innovazione rilevante nel sistema di governance delle piattaforme informatiche gestite da Meta, in termini di trasparenza delle procedure di moderazione, resta un organo ambiguo, non assistito da idonee garanzie di indipendenza⁸³. Inoltre, collocandosi nel contesto di logiche contrattuali e commerciali⁸⁴, le procedure seguite dal Board si caratterizzano per una forte asimmetria tra la posizione degli utenti e quella di Meta. Nonostante l'enfasi riservata, nel linguaggio non solo di M. Zuckerberg, ma anche della carta e del regolamento dell'Oversight Board, a metafore costituzionali, quali il riferimento al Board in termini di "Corte Suprema" e l'utilizzo del termine

⁷⁸ OBB, artt. 2.1.1, 2.1.2, 2.1.2.

⁷⁹ OBB, art. 4.

⁸⁰ OBC, art. 2.

⁸¹ Oversight Board Charter, art. 2; OBB, art. 3.1.3. Cfr. sul punto KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, cit., pp. 2418-2499.

⁸² OBB, art. 3.1.6.

⁸³ Su tale aspetto cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il "modello" dell'Oversight Board di Facebook*, in *Federalismi.it*, 26, 2021, pp. 144-167.

⁸⁴ Come rilevato da S. SANTORIELLO, *Il Meta-diritto dell'oversight board*, in *Rivista di Digital Politics*, 1-2, 2022, pp. 285-301.

“people” per identificare gli utenti delle piattaforme, il MOB resta di fatto un organo interno all’azienda di risoluzione delle controversie, di spiccato carattere privatistico, al quale tuttavia finiscono per essere delegate funzioni pubblicistiche, in mancanza delle garanzie degli organi giurisdizionali pubblici⁸⁵. Infine, con specifico riguardo al contesto europeo, l’Oversight Board, ad un primo esame, sembrerebbe dare attuazione alle misure procedurali previste dal *Digital Services Act*, per la gestione dei reclami contro le decisioni di moderazione delle piattaforme. Tuttavia, l’attuazione è solo parziale, limitandosi alla prima fase prevista dal Regolamento, di predisposizione di un sistema interno di gestione dei reclami. D’altro canto, paradossalmente, il MOB, privilegiando la dimensione privata a discapito della dimensione pubblica del sistema di gestione dei ricorsi previsto dalla normativa europea, finisce, in definitiva, per disattenderne gli obiettivi.

5. Osservazioni conclusive

La libertà di espressione offre una significativa prospettiva di analisi del fenomeno della crisi della democrazia costituzionale nel contesto digitale. In tale contesto, infatti, la libertà di espressione, lungi dal configurarsi come una relazione binaria tra individuo e Stato, assume il carattere di un sistema triangolare, nel quale fanno prepotentemente ingresso le grandi imprese del web, multinazionali private – poteri «nuovi, privati, penetranti, opachi»⁸⁶ – che occupano progressivamente lo spazio pubblico.

Ne derivano una serie di problematiche, che riguardano in primo luogo le regole di diritto applicabile con riferimento al bilanciamento tra la libertà di espressione e altri diritti e valori ugualmente meritevoli di tutela, in considerazione della transterritorialità delle piattaforme informatiche che veicolano gran parte delle comunicazioni e informazioni. Come si è avuto modo di osservare, ad un approccio moderato nel contesto europeo, che sottopone a limiti significativi la libertà di espressione, nel rispetto della dignità umana, fa da contraltare un approccio aperto nel contesto statunitense, sulla base della celebre metafora del *free marketplace of ideas*. Tale contrapposizione, che genera notevoli situazioni di incertezza giuridica, come ha dimostrato il caso *Yahoo Lycra*, si riflette sulle problematiche della

⁸⁵ Venendosi così ad instaurare un sistema per la moderazione dei contenuti online da non incoraggiare, come sottolinea A. BURATTI, *Framing the Facebook Oversight Board: Rough Justice in the Wild Web?*, in *Media Laws*, 2, 2022, pp. 31-48.

⁸⁶ Nelle parole del titolo dell’illuminante volume di FERRARESE, *Poteri nuovi (...)*, cit.

responsabilità delle piattaforme informatiche per i contenuti pubblicati dagli utenti e delle conseguenti regole della moderazione. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale esaminata in questo studio ha dimostrato come, pur sulla base di presupposti contrapposti nel sistema giuridico statunitense ed europeo, le piattaforme informatiche abbiano sviluppato una comune tendenza alla moderazione dei contenuti, sulla base di sistemi di autoregolamentazione interna. Rispondono a tale obiettivo le linee guida, gli standard e le regole dei principali *social network*, sulla base delle quali, di fatto, le piattaforme informatiche diventano i principali titolari del potere di bilanciamento della libertà di espressione.

Nel contesto delle critiche di scarsa trasparenza di tali procedure di moderazione, Facebook ha istituito nel 2018 un Oversight Board, incaricato di emanare opinioni consultive e dirimere le controversie in merito alle decisioni di moderazione della piattaforma. Dall'osservazione delle regole di composizione, della struttura e delle procedure di decisione del comitato, tuttavia, emergono vari profili problematici, con specifico riguardo al rispetto dei principi di indipendenza, imparzialità e trasparenza della moderazione dei contenuti *online*. Si tratta in effetti di un organo ambiguo, che, configurandosi come uno strumento interno di risoluzione delle controversie, di carattere strettamente privatistico, non costituisce un effettivo strumento di costituzionalizzazione del web⁸⁷, finendo, paradossalmente, per contribuire al processo di progressiva espansione dei poteri delle piattaforme informatiche nella governance della libertà di espressione nel contesto digitale.

ABSTRACT

This essay focuses on the interaction between public and private powers with reference to the protection of freedom of expression online. In particular, some problematic issues are the object of special concern, including the identification of the applicable law in legal disputes, the alternative between a system of self-regulation and a public law of the Internet, providers' accountability for contents posted by users on online platforms and finally rules and procedures concerning content moderation. Within this context, particular attention is devoted to the Oversight Board established by Meta in 2018.

KEYWORDS: Freedom of Expression; Internet; Private Powers; Public Powers.

⁸⁷ A. JR GOLIA, *The Transformative Potential of Meta's Oversight Board: Strategic Litigation within the Digital Constitution?*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2, 2023, pp. 325-361.

Laura Fabiano

*Spazio pubblico ed interessi privati nell'era digitale:
spunti comparativi in tema di voto elettronico**

SOMMARIO: 1. La *partnership* pubblico/privato nell'era digitale – 2. Interessi pubblici e poteri privati nell'espressione elettorale. – 3. Il dibattito sull'utilizzo della tecnologia *Blockchain* nei processi elettorali.

1. *La partnership pubblico/privato nell'era digitale*

Il progresso tecnologico ed informatico degli ultimi decenni ha prodotto dei significativi cambiamenti nella vita quotidiana di ogni individuo dando inizio ad una nuova fase della vita umana, simbolicamente definita "era digitale"¹, caratterizzata da un'integrazione a volte inestricabile fra spazio fisico e dimensione informatico-virtuale² nella quale le categorie tradizionali sono soggette a continua rivalutazione³ e le raggiunte soluzioni

* Il presente contributo si inquadra in una linea di ricerca del progetto competitivo *Horizon Europe Seeds* finanziato dall'Università degli Studi di Bari, Aldo Moro, su "Libertà di opinione, nuove tecnologie e formazione del consenso".

¹ Nella c.d. era digitale le generazioni umane sono suddivise in relazione al grado di esposizione tecnologica cui sono state esposte (cfr. sul punto R. STELLA, C. RIVA, C.M. SCARCELLI, M. DRUSIAN, *Sociologia dei New Media*, UTET, Milano, 2018) per cui ai *boomers* ed alla generazione Z si contrappone la generazione 2.0 (https://www.treccani.it/enciclopedia/generazione-2-0_%28altro%29/) e quella dei nativi digitali. L'espressione nativi digitali è stata coniata nel 2001 da Mark Prensky il quale la contrapponeva alla generazione degli immigrati digitali ovvero tutti coloro che, nati in epoche precedenti alla diffusione di determinate tecnologie, le hanno apprese in età adulta. Cfr. M. PRENSKY, *Digital Natives, Digital Immigrants*, in *On the Horizon*, 2001, 9(5), pp. 1-6; si rinvia, inoltre, a ID., *Digital Natives, Digital Immigrants, part II. Do they really think differently?*, in *On the Horizon*, 2001, 9(6), pp. 1-6; ID., *Listen to the Natives*, in *Educational Leadership*, 63(4), 2005, pp. 8-13. Cfr. per la dottrina italiana anche M. MARTONI, *Datificazione dei nativi digitali. Una prima ricognizione e alcune brevi note sull'educazione alla cittadinanza digitale*, in *federalismi.it*, , 2020.

² Sul tema cfr. A. PIN, *Nella Rete, anche se offline. Il ruolo dello spazio pubblico nell'era digitale*, in *Mondo Digitale*, Dicembre 2022; cfr. inoltre L. FLORIDI, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in *Philosophy & Technology*, 1, 2018, p. 1 ss.

³ La significativa portata innovativa insita nell'evoluzione digitale ha spinto inizialmente

giuridiche finalizzate a regolare l'uso della tecnologia telematica divengono spesso improvvisamente obsolete e da rinegoziare.

Se, sotto innumerevoli profili, tali cambiamenti rappresentano delle immense risorse per l'evoluzione complessiva della società umana, oltre che per gli individui singolarmente intesi, è nondimeno vero che questa evoluzione (come probabilmente tutti i cambiamenti significativi nei modi di vivere e di fare le cose degli esseri umani) pone di per sé anche delle nuove ardue sfide in termini di regolazione dei rapporti e di garanzie dei diritti e delle libertà⁴.

Uno fra i numerosi elementi che rappresenta una sfida in tale particolare contesto è certamente l'importante ruolo giocato nella *governance* dello spazio pubblico dai diversi colossi della tecnologia informatica e dunque la conseguente inevitabile *partnership* fra dimensione pubblica e privata che caratterizza le soluzioni giuridiche (e tecniche) che possono essere adottate per regolare i rapporti nei contesti digitali⁵.

Il dibattito dottrinale e dell'opinione pubblica sul tema è da sempre particolarmente vivace risultando evidente come alcune caratteristiche tecniche del mezzo informatico sono in grado di manipolare la volontà individuale ed alterare, dunque, la libertà personale e di opinione dei privati e delle col-

la dottrina giuridica ad interrogarsi sulla stessa praticabilità dell'estensione al mondo telematico del diritto territoriale vigente nel mondo reale e, dunque, sul c.d. "statuto costituzionale di Internet". L'espressione è di M. BASSINI (*Internet e libertà di espressione*, Aracne, Canterano, RM, 2019) al quale si rinvia per una completa analisi dell'evoluzione storica della dottrina giuridica internazionale concernente la dimensione costituzionale oltre che il diritto applicabile e la giurisdizione competente per la disciplina del cyberspazio.

⁴ Sul punto la bibliografia è oramai sterminata e, dunque, ci si limita solo ad alcuni fondamentali riferimenti: S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Laterza, Roma, 1997; V. ZENO-ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1, 2003; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, cit.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in *Rassegna parlamentare*, 4, 2012, pp. 811 ss.; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2003, pp. 487 ss.; T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, Le Monnier Università, Firenze, 2017; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie. Una mappa del dibattito italiano*, in *Revista Estudos Institucionais*, 6(2), pp. 395-430, *maiolago* 2020. Sul tema dell'impatto dell'evoluzione tecnologica informatica sul diritto pubblico e sulla tenuta delle garanzie costituzionali si rinvia, in generale, ai numerosi interessanti contributi presenti nel vol. 1 del *Liber Amicorum* per Pasquale Costanzo dedicato a *Costituzionalismo, Reti e Intelligenza Artificiale*, in *ConsultaOnLine*, 2020.

⁵ Sul tema, con particolare riguardo alla questione dell'incremento, nell'ambito dell'attività regolatoria di alcuni importanti questioni pubbliche quali le campagne elettorali, dell'uso di tecniche normative di *soft law* quali l'autoregolazione o la coregolazione si rinvia a M.R. ALLEGRI, *Oltre la Par Condicio, comunicazione politico elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, Franco Angeli, Milano, 2020.

lettività. Le ICT (*Information and Communication Technologies*) sono infatti tecnologie dotate di profonda potenzialità manipolativa in quanto attraverso la c.d. profilazione algoritmica le grandi aziende del *tech* sono in grado di selezionare i contenuti determinanti per la formazione dell'opinione pubblica: l'algoritmo definisce gli utenti a partire dai dati che li riguarda - e che essi stessi consapevolmente o inconsapevolmente forniscono - (*profiling*) ed offre loro informazioni selezionate (*targeting*⁶). Ciò conduce al paradosso per il quale, in un contesto come quello della rete *web*, ove circolano continuamente milioni di dati e di informazioni, i singoli individui vengono sostanzialmente chiusi in una bolla informativa realizzata dal filtro algoritmico (*filter bubble*⁷). Si tratta di una "esposizione selettiva" per la quale, privati di fatto della possibilità di un'informazione libera e completa⁸ gli individui tendono ad estremizzare le proprie opinioni con un generale effetto polarizzante⁹ che riguarda l'intera collettività¹⁰. In questo contesto il ruolo svolto dalle grandi aziende tecnologiche è cruciale in quanto esse «dietro l'appa-

⁶ A. PERRINI, *Microtargeting: cos'è e quali sono gli impatti per la protezione dei dati personali*, consultabile all'url: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/microtargeting-cose-e-quali-sono-gli-impatti-per-la-protezione-dei-dati-personali/> (23 marzo 2020).

⁷ E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, il Saggiatore, Milano, 2012; Cfr. sul tema E. LONGO, *Dai big data alle "bolle filtro": nuovi rischi per i sistemi democratici*, in *Percorsi costituzionali*, 1, pp. 29-44, 2019; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 2, 2019, pp. 39 ss.

⁸ Afferma efficacemente Sunstein a tal proposito che «se alle persone viene negato l'accesso a pareri contrastanti su argomenti di interesse pubblico e se, da parte loro, c'è come risultato una mancanza di interesse per questi punti di vista, si verifica una mancanza di libertà, qualunque sia la natura delle loro preferenze e scelte», *Republic.com. Cittadini informati o consumatori di informazioni?*, cit., p. 126.

⁹ L'Agcom, in uno studio pubblicato a novembre 2018 (Agcom, *Rapporto Tecnico. Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake*, 9 novembre 2018). Il documento è disponibile a seguente link: <https://www.agcom.it/documents/10179/12791484/Documento+generico+09-11-2018+1541763433144/e561edf2-a138-443e-9937-303f68d92cc3?version=1.0.>) ha rilevato come sussista un rapporto direttamente proporzionale fra la polarizzazione ideologica degli utenti dei *social network* e l'intensità e la frequenza delle loro attività in rete. Accade dunque che gli individui più schierati dal punto di vista ideologico ricorrono ad Internet come mezzo di comunicazione per informarsi sulle scelte politico-elettorali assai più ampiamente rispetto alle persone con scarso livello di polarizzazione ideologica. Sul punto cfr. M.R. ALLEGRI, *Oltre la Par Condicio, comunicazione politico elettorale nei social media, fra diritto e autodisciplina*, cit.; G. ORIGGI, *La democrazia può sopravvivere a Facebook? Egualitarismo epistemico, vulnerabilità cognitiva e nuove tecnologie*, in *Ragion Pratica*, 51 (2), 2018, pp.445-458 (la quale efficacemente definisce tale condizione "vulnerabilità cognitiva", p. 447); O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 3, 2019, p. 92 ss.

¹⁰ Cfr. sul tema E. LONGO, *Dai big data alle "bolle filtro": nuovi rischi per i sistemi democratici*, cit.

rente gratuità dei propri servizi, richiedono all'utente, quale contropartita [...] la cessione (in varia misura e a vario titolo) di dati di eterogenea natura (riguardanti sia la sfera personale sia, più in generale, inclinazioni, gusti e preferenze)»¹¹ al fine tanto di potenziare la loro capacità pubblicitaria sul mercato quanto per rivendere questi dati a soggetti terzi.

Il tema si è particolarmente animato a partire dal 2016. In quell'anno si è difatti reso evidente il potenziale distorsivo insito nelle campagne politiche *on line* e le possibili interferenze private cui esse sono soggette. Ciò è avvenuto in occasione della prima campagna elettorale di Donald Trump per la corsa alla presidenza degli Stati Uniti D'America ed alla campagna referendaria sulla *Brexit*¹². Il tema è nuovamente esploso nel 2018 con il noto scandalo *Cambridge Analytica* in relazione al quale si è evidenziato come, attraverso l'analisi dei dati disponibili sulla rete, un'azienda privata è in grado di interferire incisivamente in una campagna elettorale alterandone la democraticità¹³.

L'erompere della pandemia mondiale da Covid 19 ha infine costituito, pochi anni più tardi, un'ulteriore vicenda storica a fronte della quale si è reso manifesto l'immenso potenziale pervasivo delle tecnologie digitali nella vita quotidiana individuale ed ha posto all'ordine del giorno, come priorità assoluta, la necessità di regolare i numerosi fenomeni connessi alla rete Internet e risolvere sia tecnologicamente, ma anche giuridicamente, problematiche da tempo note divenute oramai ineludibili.

A fronte degli scandali politici del 2016 e delle problematiche sorte in relazione ad un mondo connesso prevalentemente *on line* (più che in presenza) a causa della pandemia si è reso difatti del tutto evidente l'insufficienza dell'approccio tendenzialmente liberista prescelto per orientare la regolazione dei fenomeni di espressione e costruzione del consenso (anche politico) *on line* che ha caratterizzato per diversi anni alcune scelte normative e giurisprudenziali. Si è dunque assistito ad un'evoluzione recente in termini di spinta ad una maggiore regolazione di alcuni fenomeni e di più significativa responsabilizzazione degli attori privati che in ambito digitale svolgono funzioni e ruoli talmente importanti

¹¹ B. RABAI, *I Big Data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 3, 2017, pp. 407 ss.

¹² Cfr. P. NORRIS, R. INGLEHART, *Cultural Backlash, Trump, Brexit and Authoritarian Populism*, Cambridge University Press, 2019.

¹³ Sul tema E. ASSANTE, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analytica*, in *federalismi.it*, Editoriale, 25 aprile 2018. D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *federalismi.it*, 20, 2018.

da essere qualificati come veri e propri poteri¹⁴ in quello che si usa oramai chiamare, forse ancora arditamente¹⁵, il costituzionalismo digitale¹⁶.

2. *Interessi pubblici e poteri privati nell'espressione elettorale*

Un ambito nel quale la *partnership* fra dimensione pubblica e potere dei privati si realizza, ponendo in essere un insidioso potenziale pervasivo (e dunque, ipoteticamente, anche distorsivo), è quello dell'espressione elettorale attraverso lo strumento elettronico nelle sue multiformi possibilità. Esse vanno dal più semplice voto elettronico (*e-voting*) realizzato in contesti "presidiati" (all'interno di postazioni pubbliche e sotto la supervisione del personale elettorale) attraverso un supporto tecnologico informatico, fino all'*home voting*, procedura di espressione elettorale "non presidiata" (e dunque non sottoposta alla supervisione di funzionari pubblici), che realizza la forma più estrema di *internet voting* (*i-voting*); tale modalità di esercizio della volontà politica assicura certamente una grande accessibilità all'espressione elettorale e tuttavia presenta dei maggiori rischi in termini di sicurezza e di segretezza del voto¹⁷.

Il tema del voto elettronico è da lungo tempo oggetto di dibattito e analisi giuridica e politologica¹⁸ ed è divenuto certamente argomento particolarmente attuale a seguito della vicenda pandemica del 2020¹⁹.

¹⁴ M. BETZU, *Poteri pubblici e privati nel mondo digitale*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2021, pp. 166 ss.; A. VENANZONI, *Neofeudalesimo digitale: Internet e l'emersione degli Stati privati*, in *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 3, 2020, pp. 178 ss.

¹⁵ Critico rispetto a tale espressione che considera equivoca e atecnica è G.E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in *Diritto Costituzionale*, 1, 2023, pp. 41 ss.

¹⁶ A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, 1, 2020, pp. 5 ss.; T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nell'età tecnologica*, in *Diritto dell'Informatica*, 2020, pp. 465 ss.

¹⁷ Un esempio di voto non presidiato è quello che si svolge per corrispondenza; con l'evoluzione tecnologica a tale tipologia di espressione elettorale si è affiancato il voto via Internet o quello tramite telefono. Sulle classificazioni in tema di voto elettronico si rinvia a M. SCHIRIPPA, *Le nuove frontiere del diritto di voto*, Padova, Cedam, 2022. Cfr. anche L. TRUCCO, *Il voto elettronico nel quadro della democrazia digitale*, in T.E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in Internet*, cit., pp. 425 ss.

¹⁸ Si pensi all'intenso dibattito suscitato dalla vicenda occorsa alle elezioni presidenziali statunitensi del 2000. Sul punto per la dottrina italiana F.G. PIZZETTI, *Bush v. Gore. Un nuovo caso di federalismo giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁹ Sul punto cfr. C. BINDER, A. DRNOVSKY, *To vote or not to vote*, in *Verfassungsblog*, 7 luglio

I-Voting ed *e-voting*, come è evidente, rappresentano due modalità di espressione della volontà rappresentativa del cittadino potenzialmente molto diverse e pongono problematiche che non sempre coincidono. L'*internet voting*, difatti (soprattutto nella sua modalità più estrema più estrema rappresentata dall'*home voting*), pone numerose questioni che non si evidenziano nelle altre forme più "moderate" di voto elettronico: fra le tante possono esemplificativamente annoverarsi le significative minacce di attentato alla libertà dell'espressione elettorale (legate all'impossibilità di garantire che l'elettore non subisca delle pressioni illegittime o anche semplicemente inopportune -in questo si concreta ad esempio il fenomeno detto del *family voting-*) oltre che il possibile rischio che un voto espresso in modo "poco solenne" possa non essere percepito nella sua rilevanza politica e dunque finire per non essere adeguatamente ponderato nella sua espressione²⁰.

Alcune problematiche sono invece riscontrabili in tutto l'ampio ecosistema del voto elettronico (dunque, sia nel voto *on line* sia in quello, più semplicemente, solo espresso attraverso mezzi elettronici). Fra queste, un tema importante concerne, appunto, il rapporto fra la dimensione pubblica insita nel momento elettorale e dell'espressione del voto e l'intrinseca natura privatistica del supporto tecnico necessario all'espletamento del medesimo in relazione alle problematiche connesse alla tutela del segreto commerciale.

Tale argomento è relativamente risalente in quanto si è posto ed è stato discusso nell'esperienza statunitense, anche nelle aule giudiziarie, già a metà del primo decennio del nuovo secolo.

Un caso emblematico si è verificato difatti nel 2006, in Florida, nella vicenda *Jennings v. Buchanan*²¹.

2020, online: <https://verfassungsblog.de/to-vote-or-not-to-vote/> . Cfr. inoltre, *Why voting online is not the way to hold an election in a pandemic*, in *The Economist*, 28 aprile 2020, online: <https://www.economist.com/international/2020/04/27/why-voting-online-is-not-the-way-to-hold-an-election-in-a-pandemic>.

²⁰ Il detto tema è rintracciabile in numerose sentenze nella giurisprudenza costituzionale comparata. In particolare, in una decisione del 2007 (*Conseil Constitutionnel. Décision n. 2007-142 PDR, 7 juin 2007 ; Observations sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2007. Délibération des 31 mai et 7 juin 2007*) esprimendosi sull'uso delle c.d. *machine a voter* nelle elezioni politiche, parlava esplicitamente di "resistenza psicologica" dell'elettore dinanzi ai cambiamenti tecnologici il Consiglio Costituzionale francese. Per una chiara illustrazione della complessità del tema si rinvia alle riflessioni di M. SCHIRIPPA, *Le nuove frontiere del diritto di voto*, cit.

²¹ Su cui cfr. J.R. AMUSON, S. HIRSH, *The Case of the Disappearing Votes: Lessons from the Jennings v. Buchanan Congressional Election Contest*, in *William & Mary Bill of Rights Journal*, 17(2), 2008, pp. 397 ss.

Il 7 novembre del 2006 nella contea di Sarasota, in Florida, l'elettorato aveva votato per il rinnovo dei rappresentanti al Congresso: all'esito del voto, il rappresentante risultato vincitore, il repubblicano Vern Buchanan aveva ottenuto 369 voti più della candidata risultata sconfitta, la democratica Christine Jennings. I voti espressi erano stati oltre 238.000 e, a seguito dello spoglio elettorale, risultava che quasi 18.000 persone (circa 1 su 7) non avevano espresso il proprio voto che, nella Contea di Sarasota, si esercitava attraverso uno strumento elettronico per mezzo di delle *paperless electronic touchscreen voting machines (iVotronic)* fornite dall'azienda ES&S. Nel contenzioso che ne è seguito la parte ricorrente è riuscita a dimostrare che almeno 14.000 di quei 18.000 voti erano schede sulle quali gli elettori erano convinti (o sostenevano di esserlo) di avere espresso una preferenza e, dunque, il risultato dello spoglio risultava presumibilmente alterato.

Vennero avanzate tre ipotesi principali per la causa del problema: in primo luogo, quale possibilità più grave ai fini dell'integrità dell'elezione appena svolta, si ipotizzò un "Codice dannoso" ovvero si valutò la possibilità che il *software* nelle macchine *iVotronic* fosse stato hackerato con l'esplicito fine di non registrare alcuni voti in un modo da favorire l'elezione di Buchanan. Tale possibilità avrebbe concretato la sussistenza di una vera e propria frode elettorale. Una seconda possibilità avrebbe potuto consistere in un *bug* del software. Infine, si ipotizzò semplicemente che si fosse verificato un problema con il *layout* della scheda elettorale valutando l'eventualità che lo stesso, per come era stato predisposto, aveva potuto indurre molti elettori a non votare correttamente.

Ne seguì, come già anticipato, una intensa vicenda giudiziaria (che si consumò in sede di giurisdizione statale oltre che attraverso un ricorso alla preposta Commissione sulla verifica delle elezioni presso la Camera dei rappresentanti federale) nel corso della quale ciò che fece estremo scalpore agli occhi della pubblica opinione fu che l'azienda privata che aveva fornito i mezzi tecnici utilizzati nelle elezioni contestate si rifiutò di fornire alcune informazioni specifiche riguardanti *hardware* e *software* invocando il segreto commerciale. L'eccezione avanzata dall'azienda privata venne accolta dal giudice in quanto considerata conforme alla legge statale sulle garanzie al *trade secret*, allo *Uniform State Secret Act* federale ed anche a quanto disposto nel *Freedom of information Act*. Tale ultima normativa che pure, come noto, è volta a garantire la trasparenza nell'azione amministrativa e il diritto di accesso, prevede alcune clausole in deroga, fra cui la nota *Exemption 4* che garantisce la riservatezza sul segreto commerciale. Alcuni elementi tecnici del momento elettorale non

poterono dunque essere debitamente approfonditi e, probabilmente, anche a causa di questa circostanza il contenzioso giudiziario non condusse ad un'esauritiva risoluzione della vicenda all'esito della quale venne confermato vincitore il candidato repubblicano.

La vicenda riferita, pur risalente, rappresenta un caso emblematico del rischio per il quale l'utilizzo della tecnologia digitale nel momento elettorale corrisponde anche ad un pericoloso ingresso della dimensione privata in un momento eminentemente pubblico.

Non sorprende dunque che solo 3 anni dopo il giudice federale tedesco, in una nota sentenza del 3 marzo 2009²², abbia rilevato, fra i diversi elementi di fragilità nelle modalità di effettuazione del voto elettronico in Germania²³, il fatto che si utilizzassero macchine prodotte da un'azienda

²² 2 BvC 3/07. La vicenda processuale era sorta dopo le elezioni federali del 2005 a seguito di un ricorso presentato da due elettori, i quali avevano sporto denuncia anche presso la Commissione per il controllo delle elezioni. I ricorrenti sostenevano che l'uso delle macchine per il voto elettronico fosse incostituzionale in quanto fosse possibile hackerare i dispositivi elettronici e dunque mettere a rischio l'attendibilità dei risultati elettorali. Il tribunale costituzionale si pronunciò a favore dei ricorrenti sottolineando la necessità che i cittadini possano nutrire fiducia nel controllo pubblico del voto, nell'affidabilità delle procedure elettorali, nella verificabilità del processo elettorale e nel buon funzionamento e nell'imparzialità degli apparecchi tecnologici utilizzati. Sulla decisione si rinvia per la dottrina italiana A. GRATTERI, *Germania: le garanzie minime necessarie e il voto elettronico secondo il Tribunale Costituzionale*, in forumcostituzionale.it, 2009; E. BERTOLINI, *Il polling place e-voting nella recente pronuncia del Bundesverfassungsgericht: un futuro da riconsiderare?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2, 2009, pp. 599 ss.

²³ Sui quali emblematicamente il Tribunale afferma: «la natura pubblica delle elezioni è un presupposto fondamentale per la formazione della volontà politica democratica. Assicura la correttezza e la verificabilità degli eventi elettorali, e quindi crea un presupposto importante per la fondata fiducia del cittadino nel corretto svolgimento delle elezioni. La forma statale della democrazia parlamentare, in cui il governo del popolo è mediato dalle elezioni, cioè non direttamente esercitato, esige che l'atto di trasferimento della responsabilità statale ai parlamentari sia soggetto a uno speciale controllo pubblico... in una democrazia rappresentativa, le elezioni della rappresentanza popolare costituiscono l'atto fondamentale di legittimazione... Il rispetto dei principi elettorali applicabili in materia e la fiducia nel rispetto di essi costituiscono dunque i presupposti per una democrazia vitale. Solo attraverso la possibilità di controllare se le elezioni rispettano i principi elettorali costituzionali è possibile garantire che la delega del potere statale alla rappresentanza popolare, che costituisce il primo e più importante tassello delle ininterrotta catena di legittimazione del popolo agli organi e titolari di cariche incaricate di incarichi statali non soffre di alcun difetto la legittimazione democratica delle elezioni esige che gli eventi elettorali siano controllabili in modo che la manipolazione possa essere escluso o corretta e il sospetto ingiustificato possa essere confutato. Questo è l'unico modo per facilitare la fondata fiducia del sovrano nella corretta formazione dell'organo di rappresentanza l'obbligo che incombe sul legislatore e sull'esecutivo di garantire che la procedura elettorale

privata (peraltro non tedesca ma olandese - *la Nedap* -)²⁴.

Al tema dell'intreccio fra tecnologia privata e interesse pubblico si collega senz'altro la questione della pubblicità del c.d. codice sorgente²⁵.

Nell'esperienza che è considerata la patria dell'*internet voting*, l'Estonia, la documentazione di *i-voting* ed il codice sorgente del sistema sono informazioni che vengono rese pubbliche con la finalità di aumentare la trasparenza e permettere a tutti gli interessati di studiare il *software* del sistema di voto elettronico e di sottoporli a *test*.

In India, dove dagli anni duemila si è progressivamente imposto il voto elettronico presidiato, il *software* impiegato è sviluppato e prodotto direttamente dal governo, senza l'intermediazione di alcuna azienda privata. In particolare, il *software* è realizzato attraverso un gruppo scelto di ingegneri del Ministero della difesa del Ministero dell'energia atomica, senza alcuna forma di contratti esterni. Nell'esperienza indiana il codice sorgente del programma è mantenuto segreto e non condiviso al di fuori del gruppo di sviluppo il che peraltro, sotto alcuni profili può anche fra sorgere dei dubbi sulla possibilità che il governo faccia un uso distorto di tali dati. L'*hardware* è invece prodotto dalle aziende Bharat Electronics e dalla Electronics Corporation of India. In India si è peraltro sviluppato

sia concepita costituzionalmente e si è attuata correttamente non è di per sé sufficiente a garantire la necessaria legittimità solo se l'elettorato può convincersi in modo affidabile della legittimità dell'atto di trasferimento, se le elezioni vengono dunque attuate "sotto gli occhi del pubblico" è possibile garantire la fiducia del popolo nel Parlamento composto in modo corrispondente alla volontà degli elettori elemento necessario per il funzionamento della democrazia e la legittimità democratica delle decisioni statali» (p.ti da 107-109). Il giudice tedesco aggiunge inoltre che «una procedura elettorale in cui l'elettore non è in grado di comprendere in modo affidabile se il suo voto è registrato in modo non falsificabile ed è incluso nell'accertamento del risultato elettorale, e non è in grado di comprendere in che modo i voti totali espressi sono assegnati e contati, esclude gli elementi centrali della procedura elettorale dal monitoraggio pubblico e dunque non è conforme ai requisiti costituzionali» (punto 113).

²⁴ In particolare, nella decisione si legge che l'uso delle macchine per il voto elettronico della società Nedap «non garantisce un controllo che corrisponda al principio costituzionale del voto pubblico», 2 BvC 3/07 (Traduzione dell'A.).

²⁵ Il Codice sorgente è la «Versione di un algoritmo scritta in un linguaggio di programmazione ad alto livello (ossia più vicino al linguaggio umano, tipicamente in pseudo inglese), le cui istruzioni sono poi eseguite dalla macchina mediante appositi programmi (compilatori, assembleri o interpreti). L'impiego di un codice sorgente è finalizzato all'esecuzione, sull'insieme dei dati di ingresso, di azioni definite nel linguaggio di programmazione scelto tramite un numero limitato di istruzioni» (M. CAPELLI, *Codice sorgente (voce)*, in *Enciclopedia delle Scienze e della tecnologia*, Treccani, 2008, consultabile all'url https://www.treccani.it/enciclopedia/codice-sorgente_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/).

il dibattito sulla possibilità di introduzione dell'*internet voting*: l'*Indian Institute of Technology* di Madras ha difatti lavorato ad un sistema di voto elettronico via *Internet* basato su *Blockchain*²⁶ e collegato ad Aadhaar (il più grande sistema di identificazione biometrica del mondo, strumento strategico per l'inclusione sociale e finanziaria per le riforme di attuazione del settore pubblico e la gestione dei bilanci fiscali); tuttavia, questa ipotesi è in effetti, allo stato attuale, piuttosto remota e risulta interessante evidenziare come nel dibattito sulla possibilità di introduzione dell'*internet voting* sia stata evidenziata la necessità di rendere pubblico, in quel caso, il codice sorgente per consentire a chiunque di esaminarlo. In effetti la necessità di rendere pubblico il codice sorgente rientra fra le ragioni per cui in India il dibattito sull'introduzione dell'*home voting* sembra aver subito una significativa battuta d'arresto.

3. Il dibattito sull'utilizzo della tecnologia Blockchain nei processi elettorali

Un elemento di grave preoccupazione nell'implementazione del voto elettronico per le elezioni politiche risiede nei rischi di manipolazione e di hackeraggio cui esso è virtualmente soggetto e nei pericoli di ingerenza da parte di Stati stranieri nei processi elettorali di numerose democrazie al fine di alterarne l'esito²⁷.

In tempi recenti si è dunque valutata la possibilità di utilizzare, per le esperienze di *internet voting*, una tecnologia informatica che possa garantire l'espressione del voto da tali ingerenze ed in particolare l'attenzione si è appuntata su *Blockchain* ovvero quella tecnologia, nata e sviluppata in relazione alle criptovalute, che sembra offrire, tecnicamente, ampie garanzie di trasparenza, verificabilità ed immutabilità²⁸.

²⁶ Sulla tecnologia *Blockchain* in ambito elettorale si rinvia al prosieguo del testo.

²⁷ In una ricerca pubblicata nel 2019 sul sito dell'ASPI (*Australian Strategic Policy Institute*) è stata proposta una classificazione delle possibili interferenze che possono essere realizzate nell'ambito di un momento elettorale da parte di uno Stato straniero attraverso il supporto elettronico ed è stato sottolineato come le stesse consistono oltre che nella manipolazione dell'elettore attraverso la sua esposizione a *fake news* anche nell'hackeraggio degli strumenti infrastrutturali utilizzati, per l'espressione del voto, dallo Stato attaccato. Sul punto cfr. F. HANSON, S. O'CONNOR, M. WALKER, L. COURTOIS (a cura di), "*Hacking democracies Cataloguing cyber-enabled attacks on elections*", 15 maggio 2019, reperibile sul sito <https://www.aspi.org.au/>.

²⁸ Sul punto, ampiamente, D. JOHNSON, *Blockchain-Based Voting in the US and EU Constitutional Orders: A Digital Technology to Secure Democratic Values?*, in *European Journal*

La tecnologia *Blockchain* è recente, complessa e in forte evoluzione²⁹. È recente in quanto, come detto, è stata sviluppata pochi anni or sono in relazione alle transazioni finanziarie con le criptovalute (in particolare in relazione a *Bitcoin*)³⁰; è complessa in quanto, oltre ad essere caratterizzata da elementi tecnico informatici articolati, non è univoca in termini di definizioni e di *governance* (distinguendosi diverse tipologie: pubbliche o private, *permissionless* o *permissioned*)³¹; è in forte evoluzione in relazione all'ambizione di utilizzare tale tipo di tecnologia per applicazioni diverse da quelle per le quali inizialmente essa era stata pensata. Nelle tecnologie *Blockchains* si possono infatti ipotizzare possibili strumenti tesi a garantire la certezza e la segretezza nell'esercizio a distanza del diritto di voto, ma anche, per fare altri esempi, la certezza e la riservatezza della documentazione relativa alla salute -in specie nell'attestazione del consenso (in particolar modo quello anticipato) rispetto al trattamento medico-sanitario-, la certezza e la tracciabilità delle filiere agro-alimentari, così come la "regolazione" dell'economia circolare.

La *governance* della tecnologia *Blockchain* inizialmente pensata per le transazioni finanziarie collegate alle criptovalute (la *public and permissionless*) non è considerata attualmente adeguata a scopi pubblicistici (in relazione ai quali è considerata più corrispondente la *governance* di *Blockchain permissioned*)³².

of Risk Regulation, 10, 2019, pp. 330 ss.

²⁹ Sul tema cfr. E. NAVARRETTA, *Introduzione ai profili giuridici della tecnologia Blockchain*, IN E. NAVARRETTA, L. RICCI, A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di Blockchain*, 1, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 7 ss. Cfr. anche R. TAS, Ö. TANRIÖVER, *A Systematic Review of Challenges and Opportunities of Blockchain for E-Voting*, in *Symmetry*, 2020, pp. 1328 ss.; P. Boucher, *What if blockchain technology revolutionised voting?*, consultabile sul sito [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/581918/EPRS_ATA\(2016\)581918_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2016/581918/EPRS_ATA(2016)581918_EN.pdf); European Parliamentary Research Service, Settembre 2016.

³⁰ Sul tema cfr. in generale C. PONCIBÒ, *Il diritto comparato e la Blockchain*, Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ESI, Napoli, 2020.

³¹ Le *permissionless blockchain* sono ambiti del tutto pubblici ove ogni utente può liberamente partecipare e svolgere qualunque attività. Le *permissioned blockchain* sono quelle nelle quali gli utenti possono partecipare solo su invito e le attività che possono svolgere sono soggette a restrizioni. Sul tema L. RICCI, *La tecnologia del Blockchain: concetti di base*, in E. NAVARRETTA, L. RICCI, A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di Blockchain*, cit., pp. 15 ss. Cfr. anche A. MILLER, *Permissioned and Permissionless Blockchains*, in S.S. SHETTY, C.A. KAMHOUA, L.L. NJILLA (eds.), *Blockchain for Distributed System Security*, Jhon Wiley and Sons, New Jersey, 2019, pp. 193 ss.

³² Particolarmente chiara in questo senso è E. NAVARRETTA, la quale afferma «Nel primo

La tecnologia *Blockchain* è stata utilizzata sperimentalmente in alcuni eventi elettorali: a novembre del 2018, ad esempio, il *Thai Democrat Party* ha utilizzato *Blockchain* nelle elezioni primarie per eleggere il segretario di partito. La detta tecnologia è stata utilizzata per analizzare la partecipazione dall'estero al referendum in Colombia relativo al processo di pace con le Forze armate rivoluzionarie della Colombia (FARC)³³ ed è stata inoltre sperimentata, sempre nel 2018, alle elezioni di medio termine in West Virginia (per il voto dei militari e dei cittadini all'estero). Nel 2019 *Blockchain* è stata sperimentata alle elezioni municipali a Denver. Un test pilota è stato infine svolto per le elezioni presidenziali in Sierra Leone sempre nel 2018³⁴.

Cionondimeno, il dibattito sull'utilizzabilità della tecnologia *Blockchain* in eventi elettorali di larga scala è ancora molto vivace ed aperto.

Un tema in discussione, come già riferito, attiene in primo luogo alle diverse caratteristiche collegate alle varie tipologie di *governance* di

solco di indagine è irrinunciabile confrontarsi con la ben nota dicotomia che separa i public and permissionless blockchain systems dai permissioned (tanto public quanto private) blockchain systems, rispetto alla quale una più attenta analisi consente di sfatare più d'un luogo comune. La tipologia public and permissionless (si pensi a Bitcoin, Ethereum o Dash), nel potenziare la struttura decentralizzata senza porre limiti di accesso (e per questo definita pubblica), ha alimentato la narrazione della massima democraticità e autosufficienza del sistema, ma, in effetti, ha disvelato non pochi profili di criticità. Il modello, da un lato, non si dimostra in senso stretto paritario, poiché valorizza i soggetti con maggiori capacità computazionali (e risorse energetiche a basso costo), che consentono di risolvere l'hash e di svolgere il ruolo di miners. Da un altro lato, con il suo preteso autoregolamentarsi sulla base di un consenso assoluto, finisce per tradursi in un'organizzazione di tipo "tribale", nella quale o si condividono le scelte relative alle regole della rete o resta solo l'opzione to branch out, e, quindi, la scelta di generare un'autonoma biforcazione. Non stupisce, dunque, che la capacità di blockchain di "creare fiducia attraverso la disintermediazione", riconosciuta dalla Risoluzione del Parlamento Europeo (2018/2085), in realtà si rivolga fondamentalmente a tipologie non destrutturate, bensì a blockchain di tipo permissioned. Queste o limitano l'accesso al ruolo di miners, assegnandolo a nodi fidati che assumono una veste istituzionale rispetto alla rete (masternodes), seppure la comunità degli utenti resti aperta (blockchain permissioned pubbliche, quali sono Ripple o Neo), o limitano lo stesso accesso alla rete a soli utenti selezionati e il mining a nodi qualificati (blockchain permissioned private, quali sono Chain e Bankchain)», *Introduzione ai profili giuridici della tecnologia Blockchain*, cit., pp. 8-9.

³³ Su questo caso cfr. C. VAN OOIJEN, *How Blockchain Can Change Voting: The Colombian Peace Plebiscite. Case Study From the 2017 OECD Report: Embracing Innovation in Government*, reperibile all'url: <https://web-archivio.oecd.org/2017-02-08/427225-embracing-innovation-in-government-colombia.pdf>.

³⁴ I detti casi sono riportati nel sito: <https://www.eublockchainforum.eu/search/node?keys=voting>. Cfr. inoltre, D. CARBONI, M. SIMBULA, *La blockchain per proteggere il voto dall'interferenza straniera: troppi problemi*, in *Agenda Digitale*, 28 agosto 2019.

Blockchain: esse sono rilevanti giacché nessuna sembra essere, attualmente, del tutto completamente idonea a soddisfare i requisiti di segretezza, decentramento (e dunque non manipolatività) e velocità necessari ad un evento elettorale complesso quale, ad esempio, le elezioni politiche di uno Stato democratico. Difatti solo le *Blockchains permissioned* possono assicurare del tutto la segretezza del voto e, nondimeno, solo le *Blockchains permissionless* sono completamente decentralizzate, caratteristica che garantisce la cosiddetta “disintermediazione” e dunque l'impossibilità (quasi completa) di modificare i dati del registro distribuito e dunque scongiurare possibili frodi elettorali³⁵.

Il tema della velocità delle transazioni elettorali è invece collegato alla questione della cosiddetta *scalability*³⁶. Anche in relazione ad esso si evidenzia come «le *blockchain permissioned* sono in grado di processare transazioni velocemente (fattore fondamentale in un processo elettorale su larga scala) ma sono controllate da enti privati. Viceversa, le *blockchain permissionless* sono decentralizzate ma non sono in grado di rispondere alle esigenze collegate a votazioni su larga scala»³⁷. La *governance* di tipo *permissioned*, dunque, sembra maggiormente adatta a scopi pubblici sotto alcuni profili (quantomeno in relazione al tema della *scalability*) e tuttavia è soggetta al rischio definito come “*dominating power*” ovvero alla minaccia della possibile posizione di “egemonia tecnologica” che potrebbero assumere le società private incaricate di sviluppare le tecnologie necessarie per il voto tramite *Blockchain*³⁸.

Oltre alle problematiche descritte le tecnologie *Blockchains* non risolvono tuttora, peraltro, alcune questioni critiche che si evidenziano tipicamente nelle elezioni elettroniche ovvero, ad esempio, alcune problematiche connesse all'identificazione certa dell'elettore ed alle garanzie dell'espressione del voto completamente libera³⁹. La tecnologia Blockchain

³⁵ Sul punto cfr. F. MARTINES, *I principi internazionali in materia di processi elettorali e le tecnologie Blockchain*, in E. NAVARRETTA, L. RICCI, A. VALLINI (a cura di), *Il potere della tecnica e la funzione del diritto: un'analisi interdisciplinare di Blockchain*, cit., pp. 33 ss

³⁶ L'espressione *scalability* indica la velocità con cui il programma processa i dati e ottiene i consensi necessari al suo funzionamento a mano a mano che si aggiungono nuovi utenti. Cfr. sul punto A. GOPALAN, A. SANKARARAMAN, A. WALID, S. VISHWANATH, *Stability and Scalability of Blockchain Systems*, in *Proceedings of the ACM on Measurement and Analysis of Computing Systems*, 4 (2), pp 1-35.

³⁷ F. MARTINES, *I principi internazionali in materia di processi elettorali e le tecnologie Blockchain*, cit. p. 40

³⁸ Sul punto cfr. S. PARK, M. SPECTER, N. NARULA, R. L. RIVEST, *Going from Bad to Worse: From Internet Voting to Blockchain Voting*, in *Journal of Cybersecurity*, 7(1), 2021.

³⁹ L'espressione *scalability* indica la velocità con la quale un sistema blockchain processa i dati

non può porre infatti rimedio alle possibili ingerenze “fisiche” sull’elettore che vota da remoto: tale problematica, molto sentita nel contesto italiano, è meno rilevante in altre esperienze nazionali (si pensi alla svizzera o agli Stati Uniti) ove è ampiamente diffuso il voto per posta che da sempre presenta questioni di tale genere.

Le complessità delle dette tecnologie, inoltre, sembrano essere attualmente incompatibili con la necessaria fiducia nei processi elettorali da parte dei cittadini votanti che è presupposto fondamentale per conferire legittimazione agli esiti del medesimo processo elettorale⁴⁰.

Non sembra un caso, dunque, che persino esponenti del mondo accademico, scientifico e tecnologico particolarmente accreditati abbiano dubitato esplicitamente dell’attuale utilizzabilità delle tecnologie *Blockchains* nei processi elettorali complessi.

Significativa risonanza ha avuto, ad esempio, un noto articolo del novembre 2021 redatto da alcuni ricercatori del MIT e dell’Università di Harvard particolarmente accreditati i quali hanno messo in discussione l’opportunità dell’utilizzo della tecnologia *Blockchain* per i processi elettorali⁴¹ sottolineando che, come prima accennato, a fronte del fatto che *Blockchain* non risolve alcune problematiche connesse al voto elettronico (la garanzia della libertà di espressione del voto in formato elettronico espresso dal cittadino che vota in modalità decentrata), la medesima tecnologia e la sua complessità rendono difficile allo stesso elettore la comprensione delle modalità attraverso cui è “processata” l’espressione della propria volontà politica (minando la fiducia nei conseguenti risultati e, dunque, la legittimità dell’intero processo elettorale). I medesimi ricercatori hanno inoltre evidenziato come la tecnologia *Blockchain* non è del tutto immune a manipolazioni e, nondimeno, la sorveglianza su di essa è particolarmente complessa. A fronte di tali aspre critiche il dibattito rimane ad oggi aperto nella considerazione dell’attuale necessità di aggiornare le pratiche di voto alla modernità contemporanea e della altresì importante esigenza di

e verifica il consenso degli utenti. Le *public permissionless blockchains* registrano performance in termini di *scalability* meno brillanti delle *private permissioned blockchains*. Sul tema M. SCHERER, *Performance and Scalability of Blockchain Networks and Smart Contracts, Dissertation*, 2017. Reperibile all’url: <https://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:umu:diva-136470> .

⁴⁰ Si rinvia a tal proposito al Piano d’azione per la democrazia europea COM(2020)790 final, punto 2,3. sul tema più in generale cfr. L. FABIANO, *Crisi dello Stato democratico Rappresentativo, partecipazione politica elettronica e consapevolezza della società civile*, in *federalismi.it*, 28, 2023.

⁴¹ Cfr. S. PARK, M. SPECTER, N. NARULA, R. L. RIVEST, *Going from Bad to Worse: From Internet Voting to Blockchain Voting*, cit.

garantire che tale aggiornamento rappresenti un modo migliore (garantito meglio, più veloce, più economico ecc.) di svolgere i processi elettorali.

Sembra dunque incredibilmente ancora attuale la frase pronunciata da Prometeo, nell'opera di Eschilo "Prometeo incantato" ove il protagonista (che pure è colui che ha fornito agli uomini il fuoco animando in loro il concetto di tecnologia) rispondendo al Coro che gli chiede se sia più forte la natura o la tecnica, afferma con sicurezza: «la tecnica è di gran lunga più debole della necessità che governa le leggi della natura»⁴².

ABSTRACT

The so-called "digital age" is marked by a particularly profound relationship between private powers and public interests. The electronic tool for electoral expression is one area where this partnership is realized. This conceals a pervasive, even distorting potential. The work investigates this complex topic.

It assesses the issues that legal systems that have implemented or tried out electronic voting have encountered. It also examines the margins for implementing emerging Blockchain technology in this field.

KEYWORDS: Electronic-voting; Democracy; Representation; Elections, Parliament; Blockchain.

⁴² ESCHILO, *Prometeo incatenato*, v. 514: τέχνη δ' ἀνάγκης ἀσθενεστέρα μακρῶ («la tecnica è di gran lunga meno potente della necessità»), dove per «necessità» – ἀνάγκη – si intende qui quel principio che «regola la natura e la scansione del suo ciclo che nessun progetto umano può infrangere e di fronte al quale ogni espediente tecnico dimostra il suo limite». U. GALIMBERTI, *Psiche e tecnica. Uomo nell'età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, pp. 51-52. Sul punto cfr. anche G. CANÈ, *La lezione di Prometeo e il filologo nell'era digitale*, in *Diacronie* [Online], 10 (2), 2012, <http://journals.openedition.org/diacronie/2880>; DOI: <https://doi.org/10.4000/diacronie.2880>.

Isabella Ferrari

*Tutela della proprietà intellettuale
per i prodotti dell'intelligenza artificiale:
riflessioni de jure condendo **

SOMMARIO: 1. Alle origini dell'intelligenza artificiale – 2. La spinta regolatoria – 3. La tutela intellettuale dell'IA – 3.1. Brevetti e intelligenza artificiale: il caso *DABUS* – 3.2. Diritto d'autore, *copyright* e *Creative Machine* – 4. Considerazioni sulla tutela della creatività artificiale.

1. *Alle origini dell'intelligenza artificiale*

La tutela della proprietà intellettuale per i prodotti elaborati da o con l'avvallo di strumenti di intelligenza artificiale costituisce una sfida al diritto, per come è stato sin qui concepito sin dai tempi della compilazione giustiniana.

La sfida è in *nuce*, non essendovi certezza sull'*an*, prima ancora che sul *quantum* o sulle modalità concrete di tutela.

Allo stato attuale, infatti, i sistemi giuridici contemporanei sono chiamati, ognuno in base agli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali loro interni, a decidere se sia o meno opportuno approntare un sistema di tutela ad uso specifico dell'intelligenza artificiale, e, in particolare, dell'intelligenza artificiale generativa. E così, mentre la teoria del diritto resta rigidamente ancorata alla ripartizione della soggettività tra persone fisiche e giuridiche, detentrici in via esclusiva della capacità giuridica e d'agire, il settore tecnico-scientifico alza l'asticella e spinge il dibattito dottrinario verso nuovi orizzonti¹.

* Il presente contributo è un prodotto della ricerca svolta nell'ambito del progetto "Intellectual property protection for Industry 4.0" (n. 101085321 Erasmus-2022), finanziato dall'Unione Europea, di cui l'Autrice è *Principal Investigator*. Le opinioni espresse appartengono, tuttavia, alla sola Autrice e non riflettono necessariamente le opinioni dell'Unione europea o dell'Agenzia esecutiva europea per l'istruzione e la cultura (EACEA). Né l'Unione europea né l'EACEA possono esserne ritenute responsabili.

¹ R.D. BROWN, *Property ownership and the legal personhood of artificial intelligence*, in *Information & Communications Technology Law*, 30:2, 2021, pp. 208-234; R. VAN DEN HOVEN VAN GENDEREN, *Do We Need New Legal Personhood in the Age of Robots and AI?*, in *Robotics, AI and the Future of Law. Perspectives in Law, Business and Innovation*, a cura di

L'intelligenza artificiale ha data e luogo di nascita convenzionalmente riconosciuti, ovverosia il 1956 a Darmouth, quando nell'ambito del *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence* si tenne la prima conferenza in materia², convocata «sulla base della congettura che ogni aspetto dell'apprendimento o di qualsiasi altra caratteristica dell'intelligenza possa essere descritto in linea di principio in modo così preciso da poter essere simulato da una macchina... per capire come far sì che le macchine utilizzino il linguaggio, formino astrazioni e concetti, risolvano tipi di problemi ora riservati agli esseri umani e migliorino se stesse»³.

Non si tratta dunque di un'invenzione recente, come spesso ritengono i profani dell'informatica, ma di un settore della programmazione digitale ormai affermatosi e consolidatosi nel tempo. Se poi si volesse calcolare l'età dell'intelligenza artificiale in analogia a quella umana, dovrebbe parlarsi di un ritrovato antichissimo. Ché infatti, le nuove tecniche di *machine* e *deep learning* permettono all'intelligenza artificiale di acquisire in tempi rapidissimi un bagaglio di conoscenze, paragonabile a quello che l'essere umano è in grado di procurarsi solo nell'arco di un'intera vita. Col risultato che i sistemi IA sono capaci di assimilare, sistematizzare ed incorporare l'intero scibile umano in maniera rapida e dinamica, per rielaborare e restituire celermente dati e contenuti nuovi in uscita.

Ecco allora che il vuoto normativo nel settore dell'intelligenza artificiale risulta tanto più grave, se rapportato agli oltre sessant'anni di studio, ricerca e sviluppo del settore, e segna il netto scarto esistente tra il progresso della tecnica rispetto a quello giuridico.

2. *La spinta regolatoria*

Allo stato attuale esistono diversi tentativi regolamentatori, tra cui quello in fase più avanzata è rappresentato dalla proposta europea di regolamento sull'intelligenza artificiale del 2021 (cd. *AI Act*)⁴, seguito

M. Corrales, M. Fenwick, N. Forgó, Springer, 2018, pp. 15-55.

² La definizione terminologica di intelligenza artificiale si deve a John McCarthy, che promosse l'organizzazione della Conferenza di Darmouth per discutere degli sviluppi informatici riconducibili alla cibernetica, alla teoria degli automi e all'elaborazione di informazioni complesse.

³ J. MCCARTHY, M. MINSKY, N. ROCHESTER, C.E. SHANNON, *A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, 1955.

⁴ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Legge sull'Intelligenza Artificiale) e modifica alcuni

dall'*Hiroshima Process International Code of Conduct for Advanced AI Systems 2023*⁵ e dall'*AI Pact 2023*⁶.

Si tratta tuttavia di progetti normativi perlopiù sviluppati a contrario, a partire dalla definizione di limiti e divieti, anziché di diritti e doveri⁷.

Prova ne è l'approccio piramidale introdotto dalla proposta regolamentare europea, che classifica i sistemi IA in base al rischio che il loro utilizzo comporta per i diritti fondamentali e per la sicurezza generale degli utenti finali. La piramide di rischio concepita a livello regolamentare impone divieti via via più stringenti in funzione del rischio crescente

atti legislativi dell'Unione del 21.4.2021, COD 2021/0106. Sulla base di tale atto e degli emendamenti proposti, il trilogio europeo ha raggiunto un accordo formale di approvazione in data 8.12.2023.

⁵ I Principi guida e il codice di condotta sull'intelligenza artificiale proposto dal G7 è stato reso pubblico mediante il *G7 Leaders' Statement on the Hiroshima AI Process* del 30.10.2023. Lo sviluppo di standard comuni transnazionali nel campo dell'IA è promosso anche dai seguenti tavoli tecnici-scientifici: *International Organization for Standardization* (ISO), *International Electrotechnical Commission* (IEC), *Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE), *International Telecommunications Union* (ITU), *Internet Engineering Task Force* (IETF), *European Committee for Standardization* (CEN), *European Committee for Electrotechnical Standardization* (CENELEC), *European Telecommunications Standards Institute* (ETSI). Altri autorevoli tentativi regolatori sono gli *Asilomar AI Principles del Future of Life Institute* (del 2017), i *Principles for Ethical AI* stilati nel 2017 dall'UNI Global Union, la Carta etica europea sull'uso dell'IA nei sistemi giudiziari del Consiglio d'Europa (datata 2018), l'IA per l'Europa della Commissione europea (2018), la Strategia per l'IA tedesca (2018), i Principi di Pechino sull'IA (2019), i Principi sull'IA del G20 (2019), le Linee guida etiche per un'IA affidabile e le Raccomandazioni sulle politiche e sugli investimenti del Gruppo di esperti di alto livello sull'IA (2019), la Progettazione eticamente allineata dell'Iniziativa globale IEEE (2019), i Principi sull'IA dell'OCSE (2019), il Partenariato globale sull'IA (2020), il Libro bianco sull'IA dell'Unione europea (2020), il Libro bianco sull'IA della Commissione europea (2018), la Strategia nazionale sull'IA del Regno Unito (2021), la Proposta di regolamento sull'approccio europeo all'intelligenza artificiale dell'Unione europea (2021). Per una panoramica approfondita sugli sviluppi a livello globale delle politiche regolatorie in tema di IA, si rinvia a M. EBERS, *Standardizing AI – The Case of the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act*, in *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, a cura di L. A. DiMatteo, M. Cannarsa, C. Poncibò, Cambridge University Press, 2022, pp. 321-344.

⁶ Lanciato dalla Commissione europea, l'*AI Pact* intende promuovere l'adeguamento spontaneo da parte degli sviluppatori di sistemi di intelligenza artificiale rispetto alle regole dell'AI Act, anche prima dell'entrata in vigore ufficiale del regolamento europeo.

⁷ Cfr. M. EBERS, V.R.S. HOCH, F. ROSENKRANZ, H. RUSCHEMEIER, B. STEINRÖTTER, *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act-A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society (RAILS)*, in *Multidisciplinary Scientific Journal*, 4/2021, pp. 589-603; M. VEALE, F. ZUIDERVEEN BORGESUIS, *Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act. Analysing the good, the bad, and the unclear elements of the proposed approach*, in *Computer Law Rev. Int.*, 4/2021, p. 97 ss.

insito nel sistema IA considerato⁸, a partire dalla base, sicura e per lo più libera, sino ad arrivare al pericoloso vertice, che simboleggia i sistemi IA a rischio inaccettabile, come tali da vietare. Il legislatore europeo monitora in particolare alcuni elementi, tra cui la complessità, la dipendenza dai dati, l'eventuale opacità e la capacità di comportamento autonomo dei sistemi IA, e sollecita gli sviluppatori ad implementare *ex ante* le regole proposte dall'*AI Act*: un approccio, dunque, di *law by design*⁹, nel segno della trasparenza e dell'affidabilità dell'algoritmo¹⁰.

Questo approccio interdittivo, direttamente proporzionale all'aggravamento del rischio insito nell'IA, trova la sua origine e causa

⁸ Alla base della piramide si collocano i sistemi a rischio basso o minimo, per i quali non è previsto alcun obbligo giuridico. Nell'area centrale della piramide di rischio si collocano invece i sistemi IA a rischio limitato e quelli a rischio elevato, soggetti a specifici obblighi di trasparenza oltre che a regole via via più incisive (gli obblighi riguardano i sistemi che interagiscono con gli esseri umani, che generano e manipolano contenuti (cd. *deep fake*), e quelli che eseguono l'identificazione biometrica), e infine al vertice si colloca il settore a rischio inaccettabile, i cui sistemi sono soggetti a divieto assoluto di immissione sul mercato, messa in servizio o utilizzo nell'Unione Europea.

⁹ L'approccio di *law by design* permette a livello delle singole aziende di progettare le nuove tecnologie in linea con gli sviluppi normativi attesi, mentre a livello più alto si traduce in una partecipazione attiva allo sviluppo della politica industriale, in linea con le esigenze specifiche di ciascun settore manifatturiero di riferimento.

¹⁰ Sull'affidabilità dei sistemi IA in funzione del loro livello di trasparenza, occorre prestare particolare attenzione. Ché infatti, si è acceso un ampio dibattito in giurisprudenza su quali siano le informazioni da rendere nell'ambito dell'obbligo di trasparenza, per verificare cioè se occorra sempre esplicitare il codice dell'algoritmo oppure basti rendere noti funzioni e meccanismi operativi del sistema operativo. In quest'ultimo senso si è recente espressa la Corte di Cassazione (ordinanza n. 28358 del 10.10.2023), evidenziando come la conoscenza esatta e puntuale dell'algoritmo matematico di funzionamento di un sistema IA non costituisca questione dirimente in diritto. Nel caso di specie sottoposto alla Suprema Corte si discuteva della validità del consenso prestato ai fini della profilazione degli utenti, ed in particolare se il consenso potesse dirsi validamente prestato ponendo gli utenti nelle condizioni di poter effettivamente comprendere il funzionamento del software (a prescindere cioè dalla conoscenza della stringa alfanumerica che compone l'algoritmo, che comunque era liberamente conoscibile siccome pubblicata dall'Ufficio Europeo dei Brevetti). Come dire che ciò che rileva in capo agli utenti finali non è la conoscenza tecnica del codice algoritmico, ma l'essere effettivamente resi edotti in totale trasparenza che determinate attività verranno poste in essere per via automatizzata, sulla base di un software il cui funzionamento e scopo deve essere noto a priori: «Che, poi, il procedimento, come spiegato con i termini della lingua comune, sia altresì idoneo ad essere tradotto in linguaggio matematico è tanto necessario è certo, quanto irrilevante: ed invero, non è richiesto né che tale linguaggio matematico si ha [e]steso agli utenti, né, tanto meno, testi lo comprendano. Ciò che rileva, invece, e che sia possibile tradurre in linguaggio matematico/informatico i dati di partenza, cosicché il tutto divenga opportunamente comprensibile alla macchina, grazie ai soggetti esperti programmatori, secondo le sequenze e le istruzioni tratte dai dati in chiaro...».

nel ritardo endemico dell'intervento normativo rispetto agli sviluppi delle tecnologie di frontiera, e sfocia conseguentemente nell'impossibilità per le corti di merito e di legittimità di assolvere congruamente alla funzione nomofilattica loro propria.

Come dire che, in difetto di diritto positivo dell'IA, la via è stata necessariamente tracciata dalla giurisprudenza. Ed il legislatore europeo, dovendo infine mettere ordine alla materia, ha optato per un intervento in negativo, risultando più semplice fissare limiti e divieti comuni anziché trovare l'accordo politico su diritti ed obblighi da introdurre *ex novo*, col rischio di porsi in contrasto con sentenze già pronunciate dalle corti interne.

Inutile dire, poi, che anche la mancanza di formazione interdisciplinare tra gli esperti giuridici del settore è, nel contesto specifico dell'IA, di ostacolo all'elaborazione di regole armonizzate. Ché infatti, per redigere standard affidabili occorre partire da una solida base comune di conoscenze tecnico-scientifiche. Ma, benché siano stati recentemente attivati percorsi di doppia laurea congiunta, scuole di dottorato e di specializzazione in diritto ed ingegneria¹¹, si tratta purtroppo ancora di casi sporadici e residuali. Col che gli estensori delle norme sull'IA continuano ad essere a tutt'oggi perlopiù giuristi di professione, che si avvalgono della consulenza di commissioni tecniche. Per l'effetto, elaborano proposte regolamentari di ampio respiro, non dettagliate e suscettibili di interpretazioni trasformative.

3. *La tutela intellettuale dell'IA*

Nel contesto sopradescritto di vuoto normativo in materia d'intelligenza artificiale, si colloca pure la discussione circa le implicazioni delle invenzioni artificiali sulla protezione della proprietà intellettuale. Il presente contributo si propone di indagare il tema, circoscrivendo l'analisi all'ambito di brevetti e *copyright*, siccome oggetto di interessanti decisioni da parte di alcune corti straniere di merito e di legittimità, senza con ciò negare il forte impatto che l'avvento dell'IA nei processi creativi esercita sull'intero settore della proprietà intellettuale¹².

¹¹ Trattasi di programmi offerti per lo più extra-EU: presso Stanford Law School, CA; Texas A&M University, TX; University of Toledo, OH; UTS e University of Sidney in Australia, ecc.

¹² Per un'analisi critica della tutela del marchio nel mondo dell'intelligenza artificiale, K. HEILMAN, *Artistic Relevance In Artificial Intelligence? "Roger" That!*, in *Notre Dame Journal on Emerging Technologies*, 4-2023, pp. 162-191.

3.1. *Brevetti e intelligenza artificiale: il caso DABUS*

La tutela brevettuale è funzionale a promuovere il progresso tecnico e l'innovazione¹³, prima ancora che ad assicurare un ritorno economico in capo ai singoli inventori. Tale dimensione sociale e collettiva della protezione della proprietà intellettuale emerge in tutta evidenza dalla considerazione dei tre requisiti necessari per la concessione dei brevetti, ovvero sia il carattere di novità, l'originalità e l'applicazione industriale delle invenzioni¹⁴. Ché infatti questi tre requisiti tassativi limitano l'ambito della tutela legale alle sole invenzioni capaci di migliorare la competitività e la produttività del settore manifatturiero di riferimento.

Nel quadro della protezione intellettuale dell'IA, occorre analizzare l'algoritmo di funzionamento, onde verificare se i tre suddetti requisiti di brevettabilità possano dirsi soddisfatti con riferimento a un'invenzione artificiale concreta. A tale scopo, occorre innanzitutto stabilire il ruolo svolto dall'IA nell'ambito del processo inventivo.

L'intelligenza artificiale può rilevare infatti sia in qualità di componente-parte integrante dell'invenzione finale, sia quale fonte creativa originaria. Nel primo caso, si è in presenza di invenzioni tecniche che si avvalgono di algoritmi specificatamente programmati per agevolare l'esecuzione di calcoli complessi, la rilevazione statistica di particolari elementi rilevanti, oppure l'analisi di dati su larga scala: posto che l'invenzione brevettabile non può esaurirsi nell'elaborazione del solo algoritmo o software applicativo¹⁵, la tutela brevettuale è ipotizzabile nell'eventualità in cui l'intelligenza artificiale venga inglobata all'interno di un'invenzione più ampia e composita, a condizione che siano rispettati i tre sopradescritti requisiti di novità, originalità e applicazione industriale.

Laddove invece l'intelligenza artificiale (generativa) rilevi quale fonte

¹³ La funzione brevettuale di stimolo all'innovazione si collega all'efficacia costitutiva del titolo, giacché la protezione si consegue in conseguenza della pubblicazione (e dunque della messa a disposizione della collettività) dell'invenzione. Cfr. G. FLORIDIA, *Il diritto al brevetto*, in *Diritto Industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di P. Auteri, G. Floridia, V. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, P. Spada, Giappichelli, Torino 2012, p. 245 ss.

¹⁴ J. PAGENBERG, *The WIPO Patent Harmonization Treaty*, in *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 1/1991, pp. 1-23; F. GURRY, *Current WIPO Developments in Copyright, Patent and Trademark Law*, in *International Intellectual Property Law & Policy*, 1/1996, pp. 35-44.

¹⁵ Come noto, il software non può essere tutelato con brevetto, ma solo come opera dell'ingegno, all'uopo ricorrendo alla tutela approntata nel contesto del diritto d'autore. Ciò per l'espresso divieto che deriva dal combinato disposto di cui all'art. 52 *European Patent Convention* e art. 45 Codice Proprietà Intellettuale, i quali all'unisono escludono la brevettabilità dei metodi matematici.

creativa in via autonoma dell'invenzione, l'analisi giuridica si complica. Per decidere sulla domanda di brevetto, occorre infatti non solo esaminarne e valutarne il contenuto specifico, con particolare riferimento a riassunto, descrizione, rivendicazioni ed eventuali disegni allegati, ma anche verificare chi sia effettivamente l'inventore. Giacché, se un brevetto viene richiesto a nome di una persona fisica o giuridica, *nulla quaestio*. Ma se, in qualità di inventore o addirittura richiedente il brevetto, figura un sistema di intelligenza artificiale, si aprono problemi in diritto non risolvibili *de jure condito*.

La discussione sul punto è stata avviata da un esperimento giuridico condotto a livello globale, nell'ambito del cd. *The Artificial Inventor Project*¹⁶: questo progetto ha promosso lo sviluppo di un vasto contenzioso giudiziario, senza fini di lucro, con l'obiettivo di ottenere il riconoscimento di autonomi diritti di proprietà intellettuale per i prodotti generati dall'IA, in assenza di un inventore o di un autore umano tradizionali, in capo all'IA stessa. All'origine della *querelle* giudiziaria vi è il dottor Stephen Thaler, fondatore e amministratore di *Imagination Engines*, esperto di reti neurali artificiali¹⁷. Thaler ha depositato una serie di domande di brevetto presso vari uffici brevetti nel mondo, tra cui quelli degli Stati Uniti, del Regno Unito, d'Australia, del Sudafrica, della Germania, presso l'Ufficio europeo dei brevetti, ecc., indicando come inventore *DABUS*¹⁸. *DABUS* è l'acronimo di *Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience*, ed è un programma di intelligenza artificiale, composto da due reti neurali: la prima rete neurale ha il compito di elaborare prodotti innovativi, mentre la seconda rete neurale valuta i progetti proposti dalla prima rete neurale, e

¹⁶ Tra i partecipanti al progetto, R. ABBOTT, *The Reasonable Robot. Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge University Press, 2020: l'Autore discute della neutralità giuridica dell'IA, sin qui incontestata, e analizza il tema in rapporto al principio di trasparenza e al nesso di causalità. L'obiettivo dichiarato dell'*Artificial Inventor Project* è quello di promuovere il dialogo sull'impatto sociale, economico e legale delle nuove tecnologie e di generare una guida per gli stakeholder sulla proteggibilità dei prodotti generati dall'IA.

¹⁷ Non esistono altri casi in giurisprudenza, oltre a quelli relativi a *DABUS* promossi da Stephen Thaler, in cui un potenziale inventore abbia sostenuto il riconoscimento di un altro inventore, contestualmente rinunciando alla propria titolarità inventiva, indipendentemente dal fatto che l'inventore non riconosciuto fosse umano o artificiale: cfr. J. GOODMAN, *Homography of Inventorship: DABUS and Valuing Inventors*, in *Duke L & Tech Rev* 20/2021-2022, p. 1 e ss.

¹⁸ Domanda di brevetto statunitense n. 16/524.350; Domanda di brevetto australiano n. 2019363177; Domanda di brevetto sudafricano n. ZA 2021/03242; Domanda PCT int. n. PCT/IB2019/057809. Le domande di tutela brevettuale sono state depositate anche all'Ufficio tedesco dei brevetti e dei marchi, in Israele, Nuova Zelanda, Giappone, Cina, India, Arabia Saudita e altri Paesi, nell'ambito del cosiddetto '*The Artificial Inventor Project, 2023*', *supra*.

decide quali mandare effettivamente in produzione. Ovviamente a monte vi è un lavoro umano, che consiste non solo nell'impostazione dell'algoritmo di funzionamento del programma *DABUS*, ma anche nella scelta e predisposizione degli elementi costitutivi del dataset di alimentazione e allenamento del software.

A partire da queste premesse, *DABUS* ha ideato due prodotti, ovvero una fiamma neurale (una segnalazione di allerta luminosa d'emergenza) e un contenitore per alimenti in plastica realizzato tramite geometria frattale. Per l'effetto, Thaler ha chiesto il brevetto di queste due invenzioni, indicando *DABUS* quale titolare dei diritti morali e se stesso quale titolare dei diritti patrimoniali connessi. Le domande sono state respinte in tutti i diciassette uffici aditi, ad eccezione di quello Sudafricano.

Sul punto è per certo interessante la disamina sia dei procedimenti amministrativi interni agli uffici brevetti coinvolti nel caso *DABUS*, che dei procedimenti giudiziari instaurati successivamente in via di ricorso o opposizione avverso il diniego dei brevetti richiesti.

Negli Stati Uniti, Thaler ha depositato le sue domande in data 29 luglio 2019¹⁹. Poiché in base alle leggi federali statunitensi, alla domanda di brevetto deve essere allegata una dichiarazione di autenticità dell'invenzione²⁰, e poiché *DABUS*, per ovvie ragioni, non poteva rendere alcuna dichiarazione personale, Thaler ha reso la dichiarazione di autenticità in nome e per conto di *DABUS*, auto-dichiarandosi suo legale rappresentante. Sennonché l'Ufficio marchi e brevetti degli Stati Uniti ha respinto le domande di brevetto in questione ritenendole incomplete, dal momento che non indicavano alcun inventore umano, e ha rifiutato la dichiarazione di autenticità di Thaler in quanto resa da un soggetto operante al contempo quale delegante e delegato. Thaler è ricorso alla Corte Distrettuale della Virginia Orientale, con esito infausto: la Corte distrettuale ha infatti confermato la decisione dell'Ufficio marchi e brevetti statunitense, con una decisione confermata anche in grado di appello, affermando che, nel lessico comune, oltre che per consolidata giurisprudenza, il termine 'inventore' si riferisce esclusivamente alle persone fisiche, risultando inammissibili eventuali interpretazioni estensive in mancanza di superiori indicazioni di politica legislativa²¹.

¹⁹ Domanda di brevetto n. 16/524.350, collegate all'invenzione di una '*neural flame*' e di un '*fractal container*'.

²⁰ 35 U.S.C. §115(B): «Il giuramento o la dichiarazione ... devono contenere dichiarazioni che ... tale individuo ritiene di essere l'inventore originale o un un co-inventore originale di un'invenzione rivendicata nella domanda».

²¹ Decisione del 27 ottobre 2022, in *Thaler v. Iancu, et al*, 1:20-cv-00903; e *Thaler v. Vidal*,

In senso analogo si è pronunciato in via definitiva anche l'Ufficio Europeo dei Brevetti²², censurando la mancata designazione nelle due domande brevettuali depositate da Thaler di un inventore identificabile con una persona fisica. Dopo l'esito negativo del giudizio in primo grado, Thaler si è difeso avanti la Corte d'appello EPO argomentando la sussistenza di un rapporto di lavoro tra lui e *DABUS*, in virtù del quale, essendo al contempo datore di lavoro e proprietario di *DABUS*, Thaler chiedeva la concessione dei due brevetti e contestualmente il suo riconoscimento quale cessionario dei brevetti di *DABUS* per il godimento dei diritti patrimoniali.

La corte d'appello ha rigettato le domande di Thaler, sostenendo che in base all'articolo 81 e alla regola 19(1) EPC, l'inventore deve essere una persona fisica e che comunque, nel caso di specie, non fosse ipotizzabile alcun trasferimento di diritti patrimoniali da *DABUS* a Thaler posto che *DABUS*, non godendo di personalità giuridica e non disponendo di capacità d'agire, non poteva essere dipendente di Thaler né poteva avergli trasferito alcunché²³.

La questione è appena stata decisa in ultima istanza anche in Gran Bretagna²⁴. Lo svolgimento processuale è pressoché analogo agli altri sin qui descritti: a fronte della richiesta dell'ufficio brevetti inglese affinché Thaler depositasse una dichiarazione di invenzione e documentasse le origini di derivazione del suo diritto alla concessione dei brevetti, Thaler ha sostenuto che l'inventore fosse *DABUS*, e che lui, in quanto proprietario di *DABUS*, avesse rilevato il diritto alla concessione dei brevetti. Senonché l'ufficio brevetti inglese ha rifiutato il brevetto e Thaler è ricorso avanti

43 F.4th 1207, 1209 (Fed. Cir. 2022). Cfr. M. MESSINA, *Thaler v. Vidal*, 43 F.4th 1207 (F ed. Cir. 2022), in *DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L.*, 33/2023, p. 67. Già Ludovico Antonio Muratori evidenziava l'esigenza di «pulizia» del lessico giuridico (*Dei difetti della giurisprudenza*, 1742). La discussione sull'interpretazione lessicale non può prescindere da M. GRAZIADEI, *Beni culturali (circolazione dei)*, in *Enc.dir., Annuali*, vol. II, tomo II, Milano, 2008, p. 91, e A. GAMBARO, *Note preliminari alla nozione giuridica di bene culturale*, in *Conversazioni in Arte e Diritto*, a cura di L. Castelli, S. Giudici Giappichelli, Torino 2021, p. 4: «i mutamenti di lessico tracciano una evoluzione delle mentalità dominanti».

²² Istanze depositate in data 17 ottobre e 7 novembre 2018, n. EP 18 275 163 (relativa a un contenitore per alimenti) e n. EP 18 275 174 (relativa a dispositivi e metodi per attirare una maggiore attenzione), decise in data 21 dicembre 2021: caso n. J 0008/20-3.1.01; n. pubblicazione 3564144.

²³ La Corte d'appello EPO ha dichiarato che «*a machine is not an inventor within the meaning of the EPC*», rinviando al legislatore per eventuali modifiche sul punto.

²⁴ *Thaler v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trademarks*, procedimento n. 2021/0201; [2023] UKSC 49, su impugnazione di [2021] EWCA Civ 1374.

l'Alta Corte prima, la Corte d'appello poi e la Suprema Corte da ultimo²⁵.

La Corte Suprema ha respinto all'unanimità il ricorso di Thaler, affermando che ai sensi del *Patents Act 1977* si può definire inventore solo una persona fisica. La Suprema Corte ha altresì precisato che poiché *DABUS* è privo di capacità d'agire, non può aver validamente autorizzato Thaler ex art. 7 del *Patents Act 1977* a richiedere e ottenere alcun brevetto, né può beneficiare della dottrina dell'accrescimento²⁶, in base a cui i frutti appartengono al proprietario del bene principale. Laddove, infatti, le invenzioni intellettuali venissero considerate frutti di *DABUS*, verrebbero trattate alla stregua di beni materiali e tangibili. Ma, per definizione, la proprietà intellettuale è immateriale e intangibile, e dunque non suscettibile di analogia rispetto ai beni materiali²⁷.

Più ondivago è stato invece il percorso australiano di *DABUS*. Dopo, infatti, l'iniziale rigetto delle domande di brevetto da parte dell'Ufficio competente (sulla base dell'argomentazione che l'IA non possa essere considerata soggetto inventore), la Corte federale australiana di prima istanza ha accolto le richieste di Thaler²⁸, con una significativa apertura verso le nuove tecnologie e le esigenze che ne conseguono di adattare il diritto, la sua interpretazione ed applicazione alla realtà contemporanea²⁹. Tale decisione è stata tuttavia ribaltata in appello³⁰, confermando il veto australiano al riconoscimento del titolo inventivo in capo a un sistema di intelligenza artificiale.

È significativo il fatto che il contenzioso sopra esaminato, statunitense, inglese ed australiano (in linea con le altre decisioni assunte sul punto dai sedici uffici presso cui Thaler ha depositato le sue domande di brevetto) non ha affatto guardato al merito della brevettabilità delle invenzioni proposte, né tanto meno alla più ampia questione se i progressi tecnici generati da macchine che agiscono in modo autonomo e alimentate dall'intelligenza

²⁵ *Thaler v. Comptroller-General of Patents, Designs and TradeMarks*, 2023 UKSC 49 (decisa con sentenza del 20 dicembre 2023), in appello da [2021] EWCA 1374.

²⁶ L'applicabilità della *doctrine of accession* è stata esclusa dalla Suprema Corte sia perché presupporrebbe la qualifica di inventore in capo a *DABUS* (esclusa nel caso di specie), sia perché laddove venisse applicata alle invenzioni, si risolverebbe in un'interpretazione erronea delle stesse alla stregua di beni materiale e tangibili.

²⁷ U. SCOTTI, *Gli intangibles. I diritti di proprietà industriale e intellettuale*, in *Diritto ed economia dell'impresa*, 1/2016, p. 14 ss.

²⁸ *Thaler v. Commissioner of Patents* [2021] FCA 879.

²⁹ La decisione è oggetto di ampia analisi in dottrina: R. KANNA, P. SINGH, *Thaler v Commissioner of Patents [2021] FCA 879: DABUS - an Inventor?*, in *Indian Journal of Artificial Intelligence and Law*, vol. 2, 2022, p. 11;

³⁰ *Commissioner of Patents v. Thaler* [2022] FCAFC 62.

artificiale debbano essere brevettati. L'intero contenzioso si è concentrato invece sull'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni pertinenti contenute all'interno della normativa vigente, onde valutare se tali disposizioni possono o meno essere adeguate all'avvento dell'intelligenza artificiale in via di analogia.

Le varie corti adite hanno tutte, conformemente, rinviato la questione al decisore politico, escludendo tassativamente l'interpretazione estensiva delle norme di legge vigenti³¹.

Ad oggi, solo l'ufficio brevetti sudafricano ha rilasciato un brevetto in favore di *DABUS*³². Trattasi tuttavia di una concessione basata prevalentemente su ragioni di politica amministrativa, onde favorire il riconoscimento globale del Sudafrica a sostegno dell'industria 4.0; una scelta, dunque, che non rispecchia necessariamente l'orientamento di dottrina e giurisprudenza locali. Non è dato sapere, infatti, come avrebbe potuto decidere in diritto una corte sudafricana nell'eventualità in cui Thaler avesse fatto ricorso avverso un provvedimento di rigetto emesso dall'ufficio competente per la concessione del brevetto³³.

³¹ L'Ufficio brevetti tedesco ha respinto le domande di Thaler, che ha conseguentemente impugnato la decisione avanti il Tribunale federale dei brevetti. L'11 novembre 2021, il tribunale ha confermato il provvedimento di diniego, argomentando che le invenzioni generate dall'IA sono brevettabili, a condizione che venga indicata una persona fisica quale inventore: cfr. BPatG 11 W (pat) 5/21-DABUS. Per una disamina del caso tedesco, D. KIM, *The Paradox of the DABUS Judgment of the German Federal Patent Court*, in *GRUR International*, 12/71, pp. 1162–1166. Anche l'Ufficio brevetti israeliano ha rifiutato di accettare le domande di brevetto di Thaler (nn. 268604 e 268605, depositate nel 2019, e rigettate in data 19 marzo 2023), e la decisione è attualmente stata impugnata in appello. In data 17 marzo 2023, pure l'Alta Corte neozelandese ha confermato la decisione dell'IP Office neozelandese di rifiutare la domanda di brevetto di Thaler perché DABUS era indicato come inventore (CIV-2022-485-118 [2023] NZHC 554). Nel giugno 2023, il Tribunale amministrativo di Seoul in Corea del Sud ha confermato la decisione dell'Ufficio sudcoreano per la proprietà intellettuale di respingere la domanda di Thaler. Nel frattempo, oltre all'esame della domanda *DABUS*, l'ufficio sudcoreano ha istituito un gruppo consultivo composto da esperti legali, tecnologici e industriali, col compito di redigere le linee guida sull'interconnessione tra intelligenza artificiale e proprietà intellettuale («*it is unclear whether patent protection for AI inventions promotes advances in the field of AI, and there is no immediate need for South Korea to be ahead of other countries in legislating to allow inventors other than natural persons*», *Patent Examination Policy Bureau of KIPO, White Paper on Artificial Intelligence (AI) and Intellectual Property*, 2022, p. 17).

³² Il 28 luglio 2021, il CIPC (*South African Companies and Intellectual Property Commission*) ha pubblicato l'accettazione del brevetto sudafricano n. 2021/03242 (brevetto *SA DABUS*) sul *South African Patent Journal*.

³³ Non è cioè garantito che, in sede giudiziaria, l'esito sarebbe stato parimenti positivo. Ne dubita in particolare D.O. ORIAKHOGBA, *DABUS gains territory in South Africa and*

La disamina dei casi *DABUS* dimostra l'imprescindibilità dell'intervento legislativo in un ambito dai pesanti risvolti pratici. Mentre novità, originalità e applicabilità industriale delle invenzioni dell'IA non possono essere discusse in astratto, occorre che la teoria del diritto stabilisca invece in via definitiva, *ex ante*, se la scintilla creativa alla base di un'invenzione possa essere ascritta non solo all'uomo, ma anche all'intelligenza artificiale. Il che equivale a stabilire se gli investimenti nello sviluppo dell'intelligenza artificiale generativa siano o meno degni di tutela giuridica.

Se da un lato, riconoscere la brevettabilità delle invenzioni frutto di IA generativa si tradurrebbe nell'implicito riconoscimento del principio di trasparenza (in linea con le previsioni dell'*AI Act*), dall'altro lato, considerata l'enorme capacità produttiva dell'IA, potrebbe portare alla paralisi dell'intero sistema di protezione brevettuale, che finirebbe per essere oberato da un numero eccessivo di domande per il riconoscimento della tutela in favore della miriade di invenzioni artificiali tempo per tempo generate.

Occorre allora un'attenta valutazione per bilanciare gli interessi in gioco, dal momento che la questione è politica più che pratica (quanto meno allo stato attuale). Col che, come dimostrato chiaramente dalle decisioni sopra richiamate, la decisione va presa in diritto, prima che nel merito.

3.2. *Diritto d'autore, copyright e Creative Machine*

La campagna di Thaler a sostegno della titolarità inventiva dell'intelligenza artificiale non si è limitata all'ambito della tutela brevettuale, ma si è estesa anche al diritto d'autore.

Nel 1997 Thaler ha infatti brevettato un sistema IA denominato *Creativity Machine*³⁴, cui ha chiesto - *ex multis* - di raffigurare l'ingresso nell'aldilà a partire dalle testimonianze di esperienze *post-mortem* raccolte nel data-set del sistema operativo: ne è risultato un dipinto, intitolato '*A Recent Entrance to Paradise*', per cui Thaler ha depositato domanda di registrazione del diritto d'autore negli Stati Uniti³⁵. Più precisamente,

Australia: revisiting the AI-inventorship question, in *South African Intellectual Property Law Journal*, 9/2021, pp. 87-108.

³⁴ Brevetto statunitense n. 5.659.666, rilasciato il 19 agosto 1997. Cfr. S. THALER, *Creativity Machine® Paradigm*, in *Encyclopedia of Creativity, Invention, Innovation and Entrepreneurship*, a cura di E.G. Carayannis, Springer, New York 2013.

³⁵ Il contenuto intrinseco dell'opera autoriale sotto il profilo artistico rileva anche per gli effetti assicurativi, come emerge in A. CANDIAN, S. NITTI, *Art Insurance distribuzione e produzione*, in *Conversazioni in Arte e Diritto*, a cura di L. Castelli, S. Giudici, , op. cit., pp. 143-160; A. CANDIAN, *I contratti assicurativi per il patrimonio culturale e le nuove regole in*

Thaler ha chiesto allo *United States Copyright Office* la registrazione del *copyright* sull'opera, indicando *Creativity Machine* quale autore e se stesso quale richiedente in forza di dichiarazione di trasferimento, dichiarandosi proprietario di *Creativity Machine*.

La richiesta è stata respinta, con conseguente avvio della fase di impugnazione³⁶.

La strategia procedurale adottata da Thaler per *Creativity Machine* è identica a quella già descritta per *DABUS*, ovvero sia il richiamo all'autonomia creativa di *Creativity Machine*, e l'invocazione dell'applicabilità dell'*hire doctrine* al caso di specie³⁷. E anche in questo caso l'ufficio competente, lo *US Copyright Office*, ha negato la tutela autoriale richiesta, per mancanza di paternità umana delle rivendicazioni avanzate da Thaler e *Creativity Machine*.

All'esito di due procedure di riesame³⁸, lo *US Copyright Claims Board* ha definitivamente escluso la registrazione del *copyright* in favore di un sistema IA, dal momento che la normativa vigente riconosce il diritto d'autore esclusivamente in capo ad autori-persone fisiche, e ha ritenuto inconferente l'analogia proposta da Thaler al rapporto intercorrente tra dipendente e datore di lavoro, per mancanza di pattuizione tra *Creativity Machine* e Thaler atta a regolare tra loro il godimento dei diritti economici e morali connessi allo sfruttamento dell'opera.

Con un espresso richiamo al famoso precedente *Naruto v. Slater*³⁹, in cui era stata esclusa la violazione del *copyright* a danno di un macaco, per i selfie da quest'ultimo scattati con la fotocamera lasciata incustodita da un

materia di distribuzione assicurativa, in *Tutela assicurativa del patrimonio culturale*, a cura di G. Morbidelli, Il Mulino, Bologna 2021, pp. 27-41.

³⁶ Thaler è ricorso in appello allo U.S. Copyright Office in data 23 settembre 2019, ritenendo incostituzionale il requisito della paternità umana dell'opera, oltre che contrario a diritto positivo e giurisprudenza. La richiesta di riesame è stata tuttavia rifiutata da parte dell'U.S. Copyright Office (in data 30 marzo 2020). L'Ufficio ha inoltre dichiarato che «non abbandonerà la sua interpretazione di lunga data del *Copyright Act*, della Corte Suprema e dei precedenti giudiziari delle corti inferiori, secondo cui un'opera soddisfa i requisiti legali e formali della protezione del *copyright* solo se è creata da un autore umano».

³⁷ L'intelligenza artificiale opererebbe cioè alla stregua di un lavoratore dipendente, che conserva la titolarità dei diritti morali connessi alla sua invenzione, lasciando al datore di lavoro il godimento dei diritti patrimoniali.

³⁸ *Thaler v. Perlmutter* riguarda il rifiuto della prima richiesta di riesame, nel 2019, da parte dell'*US Copyright Claims Board*. La seconda richiesta di riesame per la registrazione del *copyright* su 'A Recent Entrance to Paradise' è rubricata all'*US Copyright Claims Board* n. 1-3ZPC6C3; SR # 1-7100387071.

³⁹ *Naruto v. Slater*, 888 F.3d 418, 426 (9a circ. 2018). Cfr. M.P. HOOKER, *Naruto v. Slater: One Small Snap for a Monkey, One Giant Lawsuit for Animal-Kind*, in *Wake Forest Law Review Online*, 10/2020, pp. 15-31.

fotografo naturalista, lo *US Copyright Claims Board* ha confermato il rigetto definitivo della domanda di *copyright* di *Creativity Machine* in mancanza di paternità umana dell'opera.

4. Considerazioni sulla tutela della creatività artificiale

Le controversie radicate da Thaler per conto di *DABUS* e di *Creativity Machine* testimoniano i rapporti difficili e incerti intercorrenti tra intelligenza artificiale e tutela della proprietà intellettuale⁴⁰.

Da una parte vi è la necessità di tutelare i prodotti innovativi ed originali, a prescindere dalla natura umana o artificiale dell'autore o dell'inventore. Se la tutela della proprietà intellettuale viene rifiutata alle invenzioni artificiali non già per questioni di contenuto o merito, bensì per carenza dei requisiti sostanziali circa il soggetto inventore o l'autore (e cioè per il difetto della natura umana in capo a questi ultimi), sussiste evidentemente una minaccia concreta per il progresso dell'intero settore scientifico e tecnologico. Ché, infatti, i frutti dell'investimento in sviluppo, progettazione e perfezionamento di un sistema di intelligenza artificiale resterebbero privi di tutela legale, esposti al pericolo di copia e plagio.

In mancanza della tutela, necessaria a garantire il ritorno economico dell'investimento originario in ricerca e sviluppo, delle due l'una. O si riducono gli investimenti in ricerca IA, con conseguente declino tecnologico, oppure si persegue la tutela tramite segreto commerciale, il che pure limita il progresso generale per mancata conoscenza degli sviluppi nodali del settore di riferimento.

D'altra parte, nell'eventualità in cui fosse concessa ai sistemi di intelligenza artificiale la titolarità autoriale o inventiva dei prodotti di loro creazione, a subirne gli effetti sarebbe la libera concorrenza. Se cioè si affermasse un monopolio inventivo dell'intelligenza artificiale, capace di saturare il mercato con una miriade di prodotti nuovi e di sovraccaricare oltre ogni limite di gestione possibile gli uffici di tutela della proprietà intellettuale competenti, l'intero sistema di gestione della proprietà

⁴⁰ È certamente significativo il rilievo sul punto di R. ABBOTT, *Artificial Intelligence, Big Data and Intellectual Property: protecting computer-generated works in the United Kingdom, Research Handbook on Intellectual Property and Digital Technologies*, a cura di T. Aplin, Edward Elgar Publishing Ltd, 2017, p. 4, che si sofferma non tanto sull'assenza di interesse giuridico degno di tutela in capo all'IA, quanto piuttosto sull'impossibilità dell'IA di protestare contro eventuali plaghi o furti intellettuali subiti.

intellettuale collasserebbe.

Ad oggi, il difficile bilanciamento tra riconoscimento e rifiuto del ruolo inventivo dell'IA è stato risolto negando apoditticamente ai sistemi IA la titolarità autorale delle invenzioni e delle opere artificiali, e riconducendo i diritti morali ed economici connessi in capo alla persona fisica o giuridica che si è avvalsa dell'intelligenza artificiale in fase progettuale o creativa.

Ciò si basa su un riconoscimento prettamente strumentale del ruolo dell'intelligenza artificiale all'interno del procedimento creativo, come se si trattasse di una penna per uno scrittore.

Mentre siffatta posizione è accettabile per i sistemi IA che operano dietro impulso umano, risulta invece del tutto incompatibile con i più evoluti sistemi d'intelligenza artificiale generativa, capaci di rendere risultati *ultra petitem*.

Con la conseguenza che le invenzioni artificiali generative, ritenute non meritevoli di protezione intellettuale (per il loro intrinseco difetto di umanità), finiscono per cadere nel pubblico dominio. Ebbene, dopo due decenni di plauso generale per il pubblico dominio⁴¹, l'epoca attuale testimonia una lenta e diffusa inversione di tendenza⁴²: i *server provider* e i *gate keeper* sono ora oggetto di controlli serrati, introdotti nell'ambito del *Digital Compass 2023* dell'Unione europea⁴³ (in particolar modo con il

⁴¹ Rientrano in tale ambito le pubblicazioni in *open access*, i corsi *MOOC* (*Massive Open Online Course*) offerti da prestigiosi atenei nazionali ed internazionali, i programmi in *copy-left* (software *open-source*, accessibile liberamente a condizione che anche le modifiche siano distribuite in pubblico dominio: es. GNU GPL). L'avvento del pubblico dominio, e dell'enorme disponibilità di informazioni liberamente accessibili in rete, ha ingenerato discussioni giuridiche sull'accesso alla rete, da intendersi alla stregua di diritto umano o sociale (come massimamente evidenziato in tempi recenti dalla pandemia da Covid-19), oltre che sulla ripubblicazione dei testi scientifici. Quanto al primo punto, si rinvia a L. CUOCOLO, *La qualificazione giuridica dell'accesso a Internet, tra retoriche globali e dimensione sociale*, in *Politica Del Diritto*, vol. XLIII, 2012, pp. 263-288. Quanto invece alla nuova connotazione che il diritto d'autore ha assunto nell'era digitale, e al diritto morale facente capo all'autore di decidere circa lo sfruttamento della sua opera, si richiama l'interessante contributo di R. CASO, *Il diritto umano alla scienza e il diritto morale di aprire le pubblicazioni scientifiche. Open Access, "secondary publication right" ed eccezioni e limitazioni al diritto d'autore*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, 1-2023, pp. 1-18.

⁴² Si richiama la sempre più diffusa perdita di controllo su dati, servizi e informazioni veicolate online. In questo senso A. MIRANDA, *Prefazione*, in *Libertà di espressione e "costo" del consenso nell'era della condivisione digitale*, a cura di A. Mendola, CEDAM, Padova 2023, p. XI, che definisce quella della rete una «"anarchia"», che permette «da un lato...la rapida reperibilità e trasmissione di innumerevoli dati utili per gli utenti, dall'altro vi è il rischio del mancato controllo degli stessi e quindi la loro potenziale ed incontrollabile capacità di produrre effetti dannosi».

⁴³ Per *Digital Compass* si intende il programma di politica digitale 4.0, lanciato da

*Digital Services Act*⁴⁴ e il *Digital Markets Act*⁴⁵) per rimediare alle situazioni di abuso di posizioni dominanti in internet.

Col che dalla libera fruizione e dalla gestione comune e collettiva delle informazioni (che è alla base del successo del web) si sta passando ad un sistema di controllo di internet. Nell'ottica di integrale revisione del ruolo e dell'accesso alle informazioni digitali, occorre allora stabilire se sia opportuno, utile e sicuro che le invenzioni dell'IA cadano nel pubblico dominio.

Se si confrontano i sistemi di IA privati con i sistemi IA di pubblico dominio, emerge un divario netto tra intelligenza artificiale *open-source* e *non-open-source*, a scapito di quest'ultima. Ciò dimostra l'importanza fondamentale che i finanziamenti e i correlati incentivi economici, quali derivano anche dal riconoscimento di adeguata protezione alla proprietà intellettuale, rivestono nello sviluppo di tecnologie di frontiera sempre più evolute e performanti⁴⁶.

La forbice nel divario tra i modelli privati e i modelli *open-source* di sviluppo dell'intelligenza artificiale non può che allargarsi esponenzialmente, per effetto dei costi proibitivi connessi all'hardware (si pensi in particolare

Commissione, Parlamento e Consiglio europei, al fine di promuovere le capacità e potenzialità digitali legate al settore delle infrastrutture, dell'istruzione e delle competenze, e a favorire la trasformazione digitale delle imprese e dei servizi pubblici.

⁴⁴ Il regolamento europeo cd. *Digital Service Act* (Regolamento UE 2022/2065), in vigore dal 16 novembre 2022 e direttamente applicabile nell'Unione Europea a decorrere dal 1° gennaio 2024, mira a garantire il buon funzionamento del mercato interno, vietando la distribuzione di beni, contenuti e servizi illegali. Il *Digital Service Act* si applica a tutti gli intermediari online che forniscono servizi all'interno dell'Unione (con la sola eccezione delle piattaforme online operanti a titolo di imprese di piccole dimensioni), e detta un regime obbligatorio uniforme su scala europea, con sanzioni proporzionate alla portata degli utenti della singola piattaforma. Introdurre una disciplina uniforme per i prestatori di servizi intermediari -per loro intrinseca natura transfrontalieri- mira a evitare la frammentazione delle regolamentazioni e dei mercati interni, garantendo la certezza del diritto nell'interesse dello sviluppo complessivo del settore.

⁴⁵ Il *Digital Markets Act* (Regolamento UE 2022/1925) individua in base a parametri oggettivi le piattaforme online di grandi dimensioni che esercitano una funzione di controllo dell'accesso, cd. *gate keeper*, nei cui confronti stabilisce obblighi e sanzioni proporzionate. L'obiettivo europeo mira a risolvere i problemi posti dalle grandi piattaforme sistemiche, che hanno un impatto significativo sul mercato interno per via della posizione economica dominante dalle stesse ricoperta. Tra le regole introdotte *ex novo* dal regolamento europeo vi è il divieto di combinare i dati personali degli utenti, l'obbligo di consentire la ricerca *multi-homing* e la conclusione di contratti al di fuori della propria piattaforma, e la informativa specifica sulla pubblicità. Il regolamento, in vigore dal 1° novembre 2022, è applicabile dal 2 maggio 2023.

⁴⁶ D'altronde, gli investimenti in IA coprono non solo o non tanto il costo del personale addetto alla ricerca, ma anche e soprattutto le ingenti e proibitive spese necessarie per l'acquisto dei supercomputer e dei server che l'IA sempre più potente richiede.

ai super-computer).

Togliere l'incentivo economico-finanziario allo sviluppo di sistemi IA, e quindi rifiutare la tutela della proprietà intellettuale dell'IA, equivale a frenare le potenzialità dell'IA, che rappresenta invece uno strumento tanto utile quanto indispensabile per il progresso tecnologico e scientifico contemporanei⁴⁷.

La teoria della protezione della proprietà intellettuale si fonda sul riconoscimento di un numero chiuso di diritti tutelabili, universalmente riconosciuti in seno all'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale e ai sistemi giuridici contemporanei⁴⁸. Ma, forse, anche questa è una realtà giuridica da riconsiderare, in funzione delle nuove esigenze dell'IA.

ABSTRACT

The pervasive spread of artificial intelligence, now embedded in Internet of Things systems, applications, and devices used daily by an ever-increasing number of global users, has led to calls for the law to assume a more prominent role in regulating the use of AI. First and foremost, the European Union has addressed these topics, having already enacted a series of regulations designed to address the numerous open issues pertaining to the security, transparency, and reliability of algorithmic systems, as well as the protection of users, with particular reference to the protection of inalienable human rights.

Nevertheless, a primary concern persists which, while seemingly ancillary with regard to human rights, in reality represents a pivotal aspect of the substantial economic and financial repercussions: the authorship of AI systems. This entails determining whether an automated system capable of independent action (generative AI) can be considered the creator of the resulting outputs and, thus, entitled to economic and property rights. This raises obvious liability implications.

The aforementioned issues have not yet been addressed in the institutional venues of legislative debate. Nevertheless, these issues have been anticipated due to a global legal experiment initiated by Stephen Thaler et al. through the rooting of a series of civil lawsuits aimed at obtaining authorship recognition in AI in eighteen patent offices around the world. This article examines some of the paradigmatic litigation that has been promoted in the above context, pending the development of uniform solutions in law.

KEYWORDS: AI; IP; Civil Liability.

⁴⁷ Senza giungere ad estremi transumanisti, l'IA rappresenta uno strumento di miglioramento delle potenzialità umane, e in tal senso deve essere sfruttata a vantaggio della collettività. Sempre nel rispetto dell'etica. *Rectius*, dell'algoretica: cfr. P. BENANTI, *Oracoli. Tra algoretica e algocrazia*, Collasi, Roma 2018.

⁴⁸ In questo senso, C. MULLIGAN, *A Numerus Clausus Principle for Intellectual Property*, in *Tennessee Law Review*, 80/2013, p. 235.

Federico Pernazza

*Dal credit rating al rating ESG.
Traiettorie comparate di regolazione*

SOMMARIO: 1. Finanza sostenibile e rating ESG tra libero mercato e prospettive regolatorie – 2. Il rating ESG nella proposta di regolamento europeo: Giano Bifronte o Camaleonte? – 3. Rating ESG e *information materiality* nell'approccio statunitense – 4. Rating ESG e *double materiality* nell'approccio europeo – 5. Le raccomandazioni della IOSCO e le iniziative in USA sulla regolazione dei rating ESG – 6. La regolazione dei rating providers nella proposta di regolamento europeo a) Il modello della regolazione del credit rating tra similitudini e peculiarità b) Autorizzazione, requisiti e obblighi informativi dei fornitori di rating ESG e vigilanza dell'ESMA c) Rating ESG ed intelligenza artificiale d) La regolazione dei fornitori di rating ESG non europei – 7. La regolazione globale dei rating ESG: Babele o Brussel effect?

1. *Finanza sostenibile e rating ESG tra libero mercato e prospettive regolatorie*

La domanda di investimenti rispettosi degli obiettivi internazionalmente condivisi in materia ambientale, sociale e di governance, congiuntamente richiamati con l'acronimo ESG, è emersa già alla fine del XX secolo, mostrando a partire dall'anno 2000 una crescita esponenziale, nonostante l'assenza di una regolazione internazionalmente condivisa¹.

A partire dal 2015, l'imperativo globale dell'adozione di un modello di sviluppo sostenibile e la necessità di orientare i mercati finanziari verso attività coerenti con i principi e gli obiettivi fissati dall'ONU con l'agenda

¹ Nel 2018 il valore complessivo di investimenti vincolati a criteri di sostenibilità era stimato in € 12 trilioni, pari al 46% del totale: cfr. Commissione Europea, *Study on Sustainability-Related Ratings, Data and Research*, November 2020, in <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d7d85036-509c-11eb-b59f-01aa75ed71a1/language-en>. Il fenomeno è in rapido sviluppo, tanto che alla fine del 2022 il patrimonio di fondi UCITS gestito da enti che promuovono investimenti sostenibili sotto il profilo sociale o ambientale costituiva una quota del 55% del totale, mentre l'entità delle obbligazioni emesse con richiamo dei criteri ESG ha raggiunto il valore di 1,5 trilioni: cfr. ESMA, *TRV Risk Monitor*, n. 1/2023. Il notevole sviluppo degli investimenti sostenibili è comune a tutti i maggiori mercati finanziari: si veda, ad esempio, il mercato giapponese che a marzo 2021 registrava un valore di 514 trilioni di yen con un incremento su base annua del 65,8%: cfr. Japan Financial Services Agency, *Code of Conduct for ESG Evaluation and Data Providers*, 2022, p. 3, nota 4, in <https://www.fsa.go.jp/news/r4/singi/20221215/02.pdf>

2030² hanno aperto un nuovo capitolo nella regolamentazione dei mercati e dei fornitori di servizi finanziari.

Negli Stati Uniti lo sviluppo di investimenti e strumenti finanziari coerenti con gli obiettivi ESG e dei servizi correlati non è stato accompagnato da una coeva attività regolatoria, per cui il ruolo di protagonista nell'evoluzione del mercato è stato svolto dagli operatori del settore, in particolare dalle organizzazioni imprenditoriali, dai gestori di fondi e dai fornitori di servizi, tra cui i fornitori di dati, benchmarks e ratings³. Nel contempo, mentre l'analisi teorica ed il dibattito dottrinale sono stati molto approfonditi, la Security Exchange Commission, che svolge un ruolo regolatorio e di vigilanza nel settore finanziario, ha tenuto un atteggiamento di *self restraint*⁴.

In Europa, invece, la costruzione di una "finanza sostenibile" è divenuta un tassello fondamentale nel quadro del progetto delineato dall'art. 3 del Trattato di Lisbona, che mira ad assicurare uno sviluppo sostenibile basato su una crescita economica equilibrata e un alto livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente⁵.

Nel 2018 la Commissione ha adottato un Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile che configura tra le attività strategiche l'integrazione dei fattori di sostenibilità nella gestione dei rischi e nell'orientamento dei flussi di capitali e degli investimenti⁶. Alla luce degli impegni assunti

² United Nations, *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development* (25 settembre 2015).

³ D. CASH, *Sustainability Rating Agencies vs Credit Rating Agencies. The Battle to Serve the Mainstream Investor*, Palgrave Macmillan, London, 2021, p. 116. IOSCO, *Final Report on Environmental, Social and Governance (ESG) rating and Data products providers*, novembre 2021, in <https://www.iosco.org/library/pubsdocs/pdf/IOSCOPD690.pdf>

⁴ Vedi *infra* par. 3.

⁵ In tema di finanza sostenibile *ex multis* D. BUSCH, *Sustainable Finance Disclosure in the EU Financial Sector*, *EBI Working Paper series*, n. 70/2020; D. BUSCH and others (eds.) *Sustainable Finance in Europe: Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets*, Springer, Berlin, 2021; N. LINCiano *et al.*, *La finanza per lo sviluppo sostenibile, Tendenze, questioni in corso, prospettive alla luce dell'evoluzione del quadro regolamentare dell'Unione europea*, Consob, 2021; M. LA TORRE, H. CHIAPPINI (eds.), *Contemporary issues in Sustainable Finance. Financial Products and Financial Institutions*, Palgrave Macmillan, London, 2021; D.A. ZETSCHKE, M. BONELLINI, R. CONSIGLIO, *The EU Sustainable Finance Framework in light of International Standards*, in *Journal on International Economic Law*, 25, Dec. 2022, pp. 659 ss; A. DEL GIUDICE, *La finanza sostenibile. Strategie, mercato e investitori istituzionali*, Giappichelli Editore, Torino, 2022; E. CORAPI (a cura di), *Sostenibilità e Mercato Finanziario*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2023.

⁶ Commissione Europea, *Piano d'azione per finanziare la crescita sostenibile* (COM (2018) 97 final).

con il Green Deal europeo del dicembre 2019⁷, la strategia per finanziare la transizione verso un'economia sostenibile è stata poi aggiornata dalla Commissione nel luglio 2021⁸.

In questo contesto i principali ambiti regolatori individuati dall'Unione sono tre: l'integrazione della regolazione dell'informazione e della consulenza finanziaria con quella relativa a fattori ESG; l'adozione di un sistema di classificazione o "tassonomia" delle attività sostenibili; la regolazione di strumenti di valutazione e di indici di riferimento e metriche in grado di offrire una rappresentazione affidabile dell'adeguamento degli investimenti alle finalità ESG.

Nel terzo contesto alle tradizionali valutazioni connesse alla solvibilità degli emittenti e all'affidabilità degli intermediari e dei c.d. *gatekeepers* si è affiancata la necessità di valutare la coerenza delle attività economiche con gli obiettivi richiamati con l'acronimo ESG, che pongono nuove sfide tanto agli operatori economici quanto ai legislatori ed ai giuristi che intendano contribuire ad una corretta e adeguata regolazione del fenomeno.

La regolazione degli strumenti di valutazione delle attività finanziarie rispetto agli obiettivi ESG presenta problematiche per alcuni aspetti consonanti con quelle di fenomeni già specificamente regolati, come quello del credit rating (e più di recente del credit scoring), tanto più che da tempo sono emerse e si vanno rapidamente diffondendo nel mercato finanziario valutazioni e metriche elaborate dalle stesse agenzie di credit rating circa la coerenza degli emittenti con i parametri ESG e quindi a cascata sugli strumenti finanziari dagli stessi emessi e sulle attività che hanno tale oggetto⁹.

L'offerta sempre più ampia di strumenti finanziari qualificati come sostenibili o ecosostenibili, infatti, genera la richiesta di valutazioni comparative non più riferite soltanto al parametro del rischio di credito ed assumono quindi un ruolo strategico servizi di valutazione trasparenti, affidabili, comparabili dei parametri ESG, soprattutto se in grado di semplificare la complessità degli elementi e delle informazioni presi in considerazione

⁷ Comunicazione della Commissione dell'11 dicembre 2019, *Il Green Deal europeo* (COM(2019) 640 final).

⁸ Comunicazione della Commissione, *Strategia per finanziare la transizione verso un'economia sostenibile* (COM(2021) 390 final).

⁹ Sulla posizione di forza che potrebbero assumere le CRAs anche nel mercato dei rating ESG, anche a seguito di acquisizioni e fusioni, cfr. D. CASH, *Sustainability Rating Agencies vs Credit Rating Agencies. The Battle to Serve the Mainstream Investor*, Palgrave Macmillan, London, 2021, p. 116 e per una ricognizione dell'insieme del mercato globale Commissione europea, *Study on sustainability-related ratings, data and research*, novembre 2020, pp. 15 ss in <https://data.europa.eu/doi/10.2874/14850>,

in un giudizio sintetico suscettibile di agevole diffusione ed utilizzazione.

D'altronde, a differenza del concetto di *financial creditworthiness*, rilevante nel credit rating e nel credit scoring¹⁰, le diverse declinazioni del concetto di “sostenibilità” e, per i profili ambientali, di “ecosostenibilità”, hanno evidenziato gravi rischi connessi alla possibilità per gli emittenti e per gli altri operatori finanziari di autodeterminare i criteri di qualificazione ingenerando negli investitori incertezze circa l'effettiva portata dei predetti concetti; inoltre esse consentono l'adozione di qualificazioni di sostenibilità, cui non corrisponde l'adozione di condotte coerenti. Il fenomeno è particolarmente rilevante rispetto ai profili ambientali, per i quali è stato coniato il termine *greenwashing*.¹¹ L'esigenza di contrastare il fenomeno del “*greenwashing*” e di armonizzare le normative nazionali sui requisiti di “ecosostenibilità” dei prodotti finanziari, così da favorire investimenti transfrontalieri anche in questo settore, ha condotto in Europa all'adozione del Regolamento “Tassonomia”¹², con cui sono stati

¹⁰ Una disamina comparata della nozione di *creditworthiness* nel contesto sia del credit rating sia del consumer credit scoring si legge in N. VARDI, *Creditworthiness and “Responsible Credit”*. A Comparative Study of EU and US Law, Brill Nijoff, Leiden-Boston, 2022.

¹¹ Un quadro aggiornato del fenomeno del *greenwashing* nel settore finanziario in Europa si rinviene in ESMA, *Progress report on greenwashing*, 31 maggio 2023 in <https://Esma.europa.eu>; cfr. anche Forum per la finanza sostenibile, *Greenwashing e finanza sostenibile*, novembre 2022, disponibile in https://finanzasostenibile.it/wp-content/uploads/2022/11/Greenwashing_ITA_WEB.pdf. La tematica è stata affrontata da tempo anche in USA: cfr. W.S. LAUFER, *Social Accountability and Corporate Greenwashing*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 43, 3, 2003, p. 255. Per interessanti casi giudiziari cfr. *Business & Human Rights Resource Centre*, *USA: Environmental NGOs file lawsuit against Coca-Cola, Nestlé, Mars & others over plastic pollution of water resources* in <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/usa-environmental-ngos-file-lawsuit-against-coca-cola-nestle-mars-others-over-plastic-pollution-of-water-resources/>; C. SPICER, *Coke “World Without Waste” is False Advertising, “Greenwashing”, Says Lawsuit*, in *Top Class Actions, helping right consumer wrongs*, 10 giugno 2021, disponibile al link: <https://topclassactions.com/lawsuit-settlements/consumer-products/beverages/coke-world-without-waste-is-false-advertising-greenwashing-says-lawsuit/>. Il fenomeno analogo al “*greenwashing*” per i profili della sostenibilità diversi da quello ambientale è definito “*social washing*”: cfr. E. WILLIAMS, *What are the Risks of social Washing*, in *Morningstar*, 7 settembre 2022, in <https://www.morningstar.it/it/news/226356/quali-sono-i-rischi-del-social-washing.aspx>.

¹² Il Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 c.d. Sustainable Finance Disclosure Regulation (SFDR), relativo all'informativa sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari. Sulla rilevanza sistemica del regolamento cfr. C.V. GORTSOS, *The Taxonomy regulation: More important Than Just an Element of the Capital Market Union*, in *EBI Working Paper Series*, 2020, n. 80; D. BUSCH, *EU Sustainable Finance Disclosure Regulation*, in *Capital Markets Law Journal*, 18, 2023, p. 303 ss.

determinati criteri uniformi per la qualificazione di un'attività economica come "ecosostenibile"¹³.

Contestualmente all'adozione di tale Regolamento, la Commissione europea ha commissionato uno studio sui rating, sui dati e sulla ricerca legati alla sostenibilità, che ha offerto un quadro degli operatori, dei prodotti e dei servizi presenti sul mercato a livello globale¹⁴. L'indagine ha evidenziato la presenza di un numero rilevante di operatori e produttori di servizi di diversa natura, dalla raccolta di dati, alla elaborazione di indici, ranking e rating con vari criteri, metriche, e metodiche, che abbracciano, a seconda dei casi, l'intera sfera ESG ovvero profili specifici, prevalentemente correlati alla valutazione dei rischi ambientali¹⁵. La ricerca evidenzia altresì che, sebbene la maggior parte degli investimenti sostenibili siano collocati in Europa, i principali fornitori di servizi e di rating ESG hanno sede negli USA, ma sono attivi su tutti principali mercati finanziari nel mondo; viene segnalato peraltro un rapido processo di concentrazione del mercato mediante acquisizioni¹⁶. Nel complesso, anche sulla scorta delle valutazioni raccolte dai principali stakeholders e, in particolare, dai gestori di fondi e da

¹³ L'armonizzazione a livello europeo del concetto di «attività economica ecosostenibile» deriva sia dall'esigenza di evitare barriere al funzionamento del mercato interno sia dall'opportunità di disporre di criteri uniformi per selezionare le attività sottostanti ad investimenti qualificati come tali: cfr. Regolamento (UE) 2020/852, considerando 12.

¹⁴ Commissione europea, Direzione generale della Stabilità finanziaria, dei servizi finanziari e dell'Unione dei mercati dei capitali, *Study on sustainability-related ratings, data and research*, novembre 2020, disponibile al link: <https://data.europa.eu/doi/10.2874/14850>.

¹⁵ E. ESCRIG-OLMEDO, M.A. FERNANDEZ-IZQUIERDO, I. FERRERO-FERRERO, J.M. RIVERA LIRIO, *Rating the Raters: Evaluating How ESG Rating Agencies Integrate Sustainability Principles*, in *Sustainability* 11.3, 2019, p. 915; F. LI, A. POLYCHRONOPOULOS, *What a Difference an ESG Ratings Provider Makes!* in *Articles*, in *Research Affiliates*, in https://www.researchaffiliates.com/en_us/publications/articles/what-a-difference-an-esg-ratings-provider-makes.html.

¹⁶ Il numero complessivo di operatori nel settore degli ESG services providers è stimato in circa 150 unità, ma la maggior parte del fatturato è concentrato in 10-15 providers, tra i quali si segnalano Bloomberg, CDP, FTSE Russell, ISS, MSCI, Refinitiv (già Thomson Reuters), Reprisk, RobecoSAM, Sustainalytics e Vigeo Eiris. Tra le principali acquisizioni si segnalano quelli di Vigeo Eiris (acquistato da Moody's), RobecoSAM (acquistato da S&P Global), Sustainalytics (acquistato da Morningstar), ISS acquistato dalla Deutsche Börse AG), che evidenziano l'ingresso nel settore dei servizi e dei rating ESG da parte principalmente dei grandi operatori statunitensi del credit rating. Cfr. Commissione europea, *Study on sustainability-related ratings, data and research*, cit., p. 7 e ss.; KPMG, *Sustainable Investing: Fast-Forwarding Its Evolution*, febbraio 2020, p. 45 in <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2020/02/sustainable-investing.pdf>; ESMA, *Outcome of ESMA Call for Evidence on Market Characteristics of ESG Rating and Data Providers in the EU (ESMA22-328-603)*, giugno 2022.

esponenti di istituzioni finanziarie che utilizzano rating ESG ed altri servizi connessi, lo studio ha messo in luce una serie di criticità che impongono un intervento regolatorio.

Due sono gli approcci regolatori che sono stati prospettati.

Da un lato, la grande varietà di definizioni, termini, criteri, metodi e scopi dei servizi riconducibili agli investimenti ESG richiede interventi che possano dare certezze, in primo luogo terminologiche, al fine di evitare l'uso promiscuo di concetti e termini che possa indurre confusione; simile è l'esigenza che è emersa in favore di norme che introducano standard o parametri di riferimento nell'espletamento di attività e servizi, così da ridurre la varietà dei criteri e delle metodologie utilizzate ovvero di agevolare la comparazione con quelle difforme.

D'altra parte, è emersa un'esigenza di maggiore trasparenza sia rispetto agli scopi, ai criteri ed ai metodi di elaborazione delle valutazioni, sia rispetto all'organizzazione dei rating providers, anche al fine di prevenire condotte devianti a causa di conflitti di interesse o di inadeguatezze strutturali.

A conclusioni analoghe è giunta l'Organizzazione internazionale delle commissioni sui valori mobiliari (IOSCO) nella relazione pubblicata nel novembre 2021 sui fornitori di rating e dati ESG¹⁷. Infatti, la relazione IOSCO si conclude con un'articolata serie di raccomandazioni ai legislatori nazionali, affinché nei rispettivi sistemi giuridici sia introdotta una regolazione dei rating ESG e dell'attività dei loro providers. La IOSCO ha promosso anche forme di autoregolamentazione e prassi degli ESG providers volte ad assicurare trasparenza e conoscibilità dei processi di elaborazione dei rating ed a prevenire interferenze di carattere politico-economico e conflitti di interesse, al fine di assicurare indipendenza ed obiettività nel servizio offerto¹⁸.

I due ultimi documenti costituiscono la base di ricognizione fattuale e giuridica sulla quale la Commissione europea ha elaborato la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance

¹⁷ IOSCO, *Final Report on Environmental, Social and Governance (ESG) rating and Data products providers*, novembre 2021, disponibile al link: <https://www.iosco.org/library/pubsdocs/pdf/IOSCOPD690.pdf>

¹⁸ La relazione IOSCO si conclude con nove raccomandazioni rivolte sia ai regolatori sia alle categorie di soggetti interessati dagli servizi ESG ed in particolare ai providers, ai gestori di fondi e ad altri fruitori dei servizi, nonché agli amministratori di società target. Emerge nel complesso la prospettiva che il miglioramento dei servizi connessi agli investimenti ESG richiede non soltanto un intervento regolatorio, ma anche uno sforzo congiunto di tutti gli stakeholders attraverso strumenti di autoregolazione e prassi rispettose di finalità collettive di trasparenza e correttezza.

(ESG), pubblicata nel giugno 2023¹⁹.

La proposta di regolamento costituisce il primo tentativo a livello globale di regolamentazione organica delle attività di rating ESG²⁰ e dovrebbe integrare il terzo pilastro, unitamente all'armonizzazione della rendicontazione, dell'informazione societaria e della consulenza finanziaria sui fattori ESG e all'adozione di un sistema di classificazione o "tassonomia" delle attività sostenibili, per la costruzione di un quadro regolatorio coerente in grado di consentire il migliore sviluppo della finanza sostenibile.

L'obiettivo è indubbiamente ambizioso, poiché la regolazione dell'attività di rating ESG e dei servizi connessi si inserisce in un mercato finanziario globale che, allo stato, non sembra condividere l'approccio europeo. Inoltre, nonostante le iniziative dell'Organizzazione delle Nazioni Unite volte a far convergere l'attività degli Stati e delle imprese verso l'adozione di modelli di sviluppo sostenibile, la traduzione degli intenti proclamati nell'Agenda 2030 nella prassi delle attività economica e finanziaria appare suscettibile di traduzione concreta secondo approcci e modalità assai diverse. Perciò, molti elementi che sono logicamente presupposti alla regolazione del rating ESG appaiono ancora non definiti in modo condiviso.

L'analisi e la valutazione della proposta di regolamento impone, quindi, la verifica della coerenza e compatibilità delle scelte in essa adottate con una realtà giuridico-economica molto variegata ed in taluni casi sensibilmente lontana dall'approccio europeo.

Tra gli elementi che appaiono fondamentali a tale fine figurano la definizione delle finalità e delle caratteristiche del rating ESG, la correlazione tra il rating ESG e la c.d. *financial materiality*, il rapporto tra il rating e la rendicontazione di sostenibilità, la comparazione della regolazione degli ESG rating providers con quella di operatori di servizi affini (in primo luogo delle CRAs), il coordinamento della regolazione

¹⁹ Commissione europea, COM(2023) 314 final del 13 giugno 2023, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG)*. La proposta di regolamento è stata sottoposta alla disamina del Parlamento europeo, il cui Comitato sugli affari economici e monetari ha elaborato un Draft Report pubblicato il 6 ottobre 2023, contenente una articolata serie di proposte di modifica, che saranno esaminate unitamente al contenuto del Regolamento; cfr. Parlamento Europeo, ECON 2023/0177(COD).

²⁰ In realtà, l'iniziativa europea è coeva a quella del Securities and Exchange Board indiano che, sempre sulla scorta delle indicazioni della IOSCO, nell'agosto 2023 ha modificato il proprio Regolamento sulle Credit Rating Agencies del 1999 introducendo una regolamentazione delle agenzie di ESG rating disponibile in https://www.sebi.gov.in/legal/regulations/jul-2023/securities-and-exchange-board-of-india-credit-rating-agencies-amendment-regulations-2023_73451.html e S.K.

europea con quella di altri sistemi giuridici, ed infine alcuni profili che fuoriescono dall'oggetto della proposta di regolamento, ma che sono fondamentali nella regolazione dei rating ESG, tra cui principalmente il ruolo che s'intende riservare al rating ESG nella legislazione finanziaria e la regolazione dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nella produzione di dati e rating ESG.

A tali aspetti saranno dedicati i prossimi paragrafi e dalla loro disamina si cercherà di trarre nelle conclusioni qualche considerazione complessiva sulle prospettive di evoluzione della regolazione dell'ESG rating e dei connessi servizi.

2. Il rating ESG nella proposta di regolamento europeo: Giano Bifronte o Camaleonte?

Lo sviluppo del mercato del rating ESG e dei servizi connessi è un effetto naturale ed ineluttabile del progressivo incremento dell'offerta, anche in termini tipologici, di investimenti sostenibili. È ormai un dato di fatto, condiviso nella letteratura scientifica e nella valutazione istituzionale, che il rating ESG svolge un ruolo fondamentale nel mercato dei capitali, in quanto consente ad emittenti, intermediari ed investitori di prendere decisioni informate in materia di investimenti e finanziamenti sostenibili²¹. In particolare, benché allo stato in Europa non siano state emanate disposizioni normative che richiamino esplicitamente il rating ESG quale presupposto per la qualificazione, l'emissione o la valutazione di investimenti sostenibili, nella già menzionata proposta di Regolamento europeo si afferma che *“i rating ESG svolgono un ruolo abilitante per il corretto funzionamento della finanza sostenibile dell'Unione, poiché mettono*

²¹ I fornitori di rating ESG si inseriscono in una ampia categoria di sustainability-related product and service providers che operano sulle informazioni sui fattori ESG in diverse forme, raccogliendo ed aggregando dati, effettuando ricerche, fornendo consulenze, rapporti e servizi, elaborando benchmarks, ranking e rating; tuttavia il ruolo dei fornitori di rating ESG è comunque fondamentale nel semplificare l'informazione e l'eventuale incertezza delle loro indicazioni pregiudica il buon funzionamento del mercato: M. SIRI, M. GARGANTINI, *Information Intermediaries and Sustainability. ESG ratings and benchmarks in the European Union*, ECMI working Paper n. 15, 2022, p. 14; F. BERG, J.F. KÖLBEL, R. RIGOBON, *Aggregate confusion: The divergence of ESG ratings*, MIT Sloan School Working Paper 5822-19, Agosto 2019; E. ESCRIG-OLMEDO, M.A. FERNANDEZ-IZQUIERDO, I. FERRERO-FERRERO, J.M. RIVERA LIRIO, *Rating the Raters: Evaluating How ESG Rating Agencies Integrate Sustainability Principles*, in *Sustainability* 11.3, 2019, p. 915.

a disposizione informazioni importanti per le strategie di investimento, la gestione dei rischi e gli obblighi di informativa di investitori ed enti finanziari”²². L’attribuzione al rating ESG di un “ruolo abilitante” va qui intesa in senso lato e quindi ben differenziato da quello di c.d. “regulatory license” che secondo autorevole dottrina, ha svolto il credit rating, in virtù di disposizioni normative e regolamentari che ne facevano un requisito indispensabile per l’ammissione di prodotti finanziari sul mercato²³.

A conclusioni non dissimili è giunta d’altronde anche la IOSCO, che a livello globale ha registrato un crescente utilizzo di ESG rating and ESG data products a fronte del forte interesse all’investimento di società che tengono in considerazione la sostenibilità della loro attività²⁴.

A tale condivisa convinzione circa rilevanza del fenomeno per lo sviluppo degli investimenti sostenibili, non corrisponde tuttavia un consenso altrettanto unanime circa la definizione delle caratteristiche e delle metodologie dei rating ESG. In assenza di norme giuridiche che investano il rating ESG o l’attività dei providers, è logico che il processo di standardizzazione del servizio e di conseguente tipizzazione terminologica sia lento, complesso e potenzialmente mai definitivo. Ciò che, però, è più rilevante, e per certi versi preoccupante, è che nell’ambito del fenomeno usualmente ricondotto al rating ESG si possano riscontrare notevoli differenze sia nelle metodologie di analisi degli investimenti, sia negli stessi criteri in base ai quali vengono valutate le attività e quindi i prodotti finanziari ad esse correlati. Di fatto quindi nella prassi con il lemma “rating ESG” si richiamano una serie di valutazioni, che possono essere profondamente diverse e potenzialmente contraddittorie rispetto allo stesso investimento, benché tutte legittime in assenza di preclusioni o prescrizioni normative in materia²⁵.

²² Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla trasparenza e sull’integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG)*, cit., considerando 11.

²³ La qualificazione del ruolo del credit rating quale “regulatory license” si deve al lavoro seminale di F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets? Two Thumbs down for the Credit Rating Agencies*, *Washington University Law Quarterly Review*, Washington, 1994, pp. 1 ss.

²⁴ Il rapporto IOSCO sopra citato (p. 6) individua due ragioni fondamentali del fenomeno: “*First, there is increasing legislative and regulatory focus on financial market participants’ consideration of the ESG characteristics of potential investments, with some jurisdiction imposing or considering imposing new regulatory obligations. Second, there is increasing demand from investors for products that will push society towards a greener economy and mitigate the risks stemming from climate change*”.

²⁵ F. BERG, J.F. KÖLBEL, R. RIGOBON, *Aggregate confusion: The divergence of ESG ratings*,

La natura ibrida della nozione “*rating ESG*” è riflessa nella definizione di cui alla proposta di Regolamento europeo in cui si legge:

Art. 3, n. 1 “Rating ESG”: un parere, un punteggio o una combinazione di entrambi, in merito a un soggetto, a uno strumento finanziario, a un prodotto finanziario, al profilo o alle caratteristiche ESG di un’impresa o all’esposizione a rischi ESG o all’impatto sulle persone, sulla società o sull’ambiente, che si basa su una metodologia consolidata e su un sistema di classificazione definito costituito da categorie di rating e che è fornito a terzi, indipendentemente dal fatto che tale rating ESG sia esplicitamente denominato “rating” o punteggio “ESG”.

Art. 3, n. 2 “parere”: una valutazione basata su una metodologia fondata su norme e su un sistema di classificazione definito costituito da categorie di rating, che coinvolge direttamente un analista di rating nel processo o nei sistemi di rating

Art. 3, n. 3 “punteggio”: una misura derivata da dati, utilizzando una metodologia fondata su norme, e basata unicamente su un sistema o modello statistico o algoritmo predefinito, senza ulteriori contributi analitici sostanziali da parte di un analista.

La mera esegesi testuale delle tre definizioni evidenzia una chiara evoluzione rispetto al fenomeno del credit rating, che costituisce l’archetipo del rating in ambito finanziario e che è stato definito nel Regolamento (CE) n. 1060 del 2009 come segue:

Art. 3, comma 1 lett. “Rating del credito”: un parere relativo al merito creditizio di un’entità, di un’obbligazione di debito o finanziaria emessi utilizzando un sistema di classificazione in categorie di rating stabilito e definito.

È evidente una prima estensione semantica che nel caso del rating ESG include non soltanto valutazioni elaborate da un analista e basate su norme e su un sistema di classificazione predefinito costituito da categorie di rating, ma anche meri punteggi derivati da dati con metodi fondati su norme e basati unicamente su un sistema o modello statistico o algoritmico predefinito.

in 26 *Review of Finance*, 2022, p. 1; R. GIBSON, F. KRUEGER, P.S. SCHMIDT, *ESG Rating Disagreement and Stock Returns*, ECGI Finance Working Paper n. 651/2020, 2021 in https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/gibsonkruegerschmidtfinal_1.pdf; A.K. CHATTERJI, R. DURAND, D.I. LEVINE, S. TOUBOU, *Do Ratings of Firms Converge? Implications for Managers, Investors and Strategy Researchers*, in 37 *Strategic Management Journal*, 2016, p. 1597.

La diversa metodologia di elaborazione e presentazione delle valutazioni implica evidentemente diverse esigenze regolatorie, connesse, da un lato, all'apporto umano, con il correlato carico di rischi di conflitti di interessi, errori o imprecisioni e, dall'altro, all'utilizzo di modelli statistici o algoritmici, con le correlate esigenze di trasparenza, non discriminazione e verifica degli esiti.

Inoltre va evidenziato che nella definizione di cui alla proposta di regolamento sono considerati rilevanti una pluralità di rapporti tra un soggetto, uno strumento finanziario, un prodotto finanziario, ed i fattori ESG, che sono richiamati alternativamente come *“il profilo o le caratteristiche ESG di un'impresa”*, *“l'esposizione a rischi ESG”* ovvero *“l'impatto sulle persone, sulla società o sull'ambiente”*. La definizione abbraccia dunque tutte le valutazioni parametriche e quindi quantificate che abbiano ad oggetto il rapporto tra impresa, un'attività, un investimento e l'ambiente, la società e la governance²⁶. Non sembra invece che assuma rilievo determinante il fatto che tali valutazioni abbiano o meno una ricaduta sulla affidabilità finanziaria (ovvero sulle prospettive di reddito); in altri termini le valutazioni rientrano nell'applicazione del Regolamento prescindendo dal fatto se esse abbiano o meno un effetto sulla c.d. *financial materiality*.

I diversi approcci al rating ESG richiamati nella definizione hanno finalità, criteri e conducono fatalmente ad esiti radicalmente diversi rispetto ad ogni potenziale entità valutata.

Mentre la prima espressione appare generica o per così dire “neutra”, il riferimento, da un lato, all'esposizione ai rischi ESG e, dall'altro, all'impatto sulle persone, sulla società o sull'ambiente configurano due modalità secondo le quali può atteggiarsi la valutazione del rapporto tra un'attività economica ed i fattori ESG, che hanno finalità, criteri e metodologie di valutazione, nettamente diverse sebbene non prive di correlazione.

L'analisi dell'offerta di servizi di rating ESG, d'altronde, conferma tale duplicità di approcci²⁷.

²⁶ La genericità dell'approccio nella individuazione del rilievo attribuito ai fattori ESG si riscontra anche nella Relazione di presentazione al Regolamento laddove (p. 1) si definiscono *“investimenti ambientali, sociali e di governance (ESG)”* gli *“investimenti che tengono conto”* dei fattori ESG nel prendere decisioni di investimenti (noti anche come *investimenti sostenibili*) e si rileva che i *“rating ESG sono commercializzati in quanto forniscono un parere sull'esposizione di un'impresa o di un soggetto a fattori ambientali, sociali e/o di governance e sul loro impatto sulla società”*.

²⁷ D.F. LARCKER, L. POMORSKI, B. TAYAN, E.M. WATTS, *ESG Rating. A compass without direction*, Stanford Closer Look Series, August 2022, disponibile al link: <https://ssrn-id4179647.pdf> La bipartizione delle tipologie di rating ESG è ripresa in M. SIRI, M. GARGANTINI, *Information Intermediaries and Sustainability. ESG ratings and benchmarks in*

Secondo un primo approccio il rating ESG misura l'impatto che fattori sociali, di governance ed ambientali potrebbero avere sull'andamento dell'attività e se lo stesso sia finanziariamente rilevante. In tale prospettiva, debbono essere valutati e verificati sia la pianificazione aziendale rispetto alla prevenzione e mitigazione di tali rischi sia gli oneri che tali investimenti possono comportare a fronte di benefici, potenzialmente anche finanziari, a medio-lungo termine.

Il secondo approccio configura il rating ESG come una misurazione dell'impatto che un'attività economica produce sui propri stakeholders, dipendenti, fornitori, clienti, comunità sociali e sull'ambiente a livello sia locale sia globale. Tale prospettiva si traduce nella valutazione e verifica di investimenti ed iniziative di governance aziendale, che nel breve termine possono costituire un onere, con potenziale riduzione dei risultati finanziari, ma che dovrebbero assicurare un apprezzamento complessivo dell'azienda sul mercato con potenziali benefici anche economici.

Si è però rilevato che, mentre nella prassi il primo approccio risulta prevalente e quindi i rating ESG costituiscono nella maggioranza dei casi una valutazione del rischio finanziario dei fattori ESG, nella valutazione degli investitori, soprattutto retail, è diffusa la convinzione che i rating ESG siano impostati secondo il secondo approccio²⁸. Vi è dunque un deficit informativo, se non proprio una erronea comprensione del valore dei rating ESG, che dovrebbe essere presa in considerazione nella legislazione.

A questo fondamentale problema di interpretazione del valore del rating ESG, si aggiunge, specie per i profili ambientali, l'ampiezza del ventaglio di elementi, fattori, criteri e metodologie di misurazione che possono essere utilizzate nella produzione del rating in entrambe le prospettive considerate, ma in particolare in quella incentrata sulla valutazione dell'impatto dell'attività economica sugli stakeholders e sull'ambiente.

Una definizione così ampia, volutamente omnicomprensiva, è logicamente intesa a costruire un sistema omogeneo in termini sia di accesso al servizio, sia di governance sia di regolazione dell'attività, che offra garanzie per tutte le attività espletabili nella valutazione dei rapporti tra investimenti e fattori ESG; peraltro, attraverso la trasparenza che si

the European Union, cit., p. 3, che qualificano le due prospettive come "outside-in" per gli "ESG risk ratings" e "inside-out" per gli "ESG impact ratings".

²⁸ Si è rilevato, ad esempio, che i rating ESG elaborati da MSCI, che sono i più utilizzati a livello globale, sono ritenuti comunemente una valutazione di impatto ESG delle attività economiche, mentre misurano principalmente il rischio finanziario ingenerato dai fattori climatici, sociali e di governance; cfr. C. SIMPSON, A. RATHI, S. KISHAN, *The ESG Mirage*, Bloomberg BusinessWeek, 10 dicembre 2021.

intende imporre circa le finalità, i criteri, le modalità e le metriche, l'utente dovrebbe poter individuare le diverse caratteristiche dei rating ESG.

È evidente, però, che, vista la diversa funzione e rilevanza delle diverse forme di rating, si pone il problema se sia opportuno assimilare nella definizione di rating ESG, fenomeni così diversi di fatto legittimandone un uso promiscuo e potenzialmente ingenerando una confusione negli operatori meno avvertiti. La comprensione del fenomeno del rating ESG, così ampiamente definito, richiede però un approfondimento comparato correlando i servizi di rating offerti sul mercato con l'approccio del sistema finanziario alla *disclosure* imposta agli emittenti ed agli intermediari in ordine ai fattori ESG. Sotto questo profilo si evidenzia una radicale diversità tra l'approccio statunitense e quello eurounitario.

3. *Rating ESG e information materiality nell'approccio statunitense*

L'analisi delle funzioni, delle caratteristiche e della regolazione del rating ESG non può essere disgiunta da quella delle informazioni che le società emittenti e gli intermediari sono tenute a pubblicare o comunque rendono note al mercato.

Il rating ESG, infatti, si basa su un patrimonio informativo non autoprodotta, ma fornito prevalentemente in via diretta dall'entità valutata, o in via mediata, attraverso data providers specializzati. Soltanto molto recentemente gli stessi rating providers o imprese specializzate hanno iniziato ad acquisire informazioni utili alla elaborazione di rating ESG mediante strumenti di intelligenza artificiale che operano attraverso la disamina di banche dati e di informazioni pubbliche tratte da internet e da social media.

Pertanto è logico che anche i rating ESG siano condizionati dalla regolamentazione dei mercati finanziari in tema di obblighi di *disclosure* e che quindi il loro approccio dipenda dalla misura in cui sia prevista imperativamente la pubblicazione, a fianco di informazioni di carattere strettamente finanziari, anche di informazioni attinenti ai profili di carattere ambientale, sociale e di governance.

Nel contesto statunitense, dove si sono sviluppati prima i credit rating e poi i rating ESG, gli obblighi di informazione del mercato da parte degli emittenti sono incentrati sin dagli anni '30 sul concetto di "*material information*". Con il Securities Act del 1933 ed il Securities Exchange

Act del 1934 la legislazione federale impose la pubblicazione di tutti i “*material facts*” e prevede sanzioni per chi procedesse ad offrire o vendere securities e, omettendo circostanze di tale natura, effettuasse dichiarazioni ingannevoli²⁹.

A partire dal 1947 il concetto di “*materiality*” veniva quindi accolto e precisato dalla SEC nella Rule 405 del Securities Act, correlandolo al parametro dell’ “*investitore mediamente prudente*” nei termini che seguono: “*When used to qualify a requirement for the furnishing of information as to any subject, (materiality) limits the information required to those matters to which an average prudent investor ought reasonably to be informed before purchasing the security registered*”.

Anche se integrato con il predetto parametro, il criterio della “*materiality*” restava indubbiamente piuttosto vago e suscettibile di diverse interpretazioni.

Non a caso le corti statunitensi sono state chiamate in più occasioni a precisarne la portata e tra le decisioni più rilevanti figurano quelle della U.S. Supreme Court nei casi *Mills* (1970) e *TSC Industries, Inc.* (1976). Nel caso *Mills* la Corte Suprema attribuì il carattere della *materiality* ad un *misstatement* o ad una *omission* nell’ambito di un *proxy statement*, qualora il difetto fosse “*of such character that it might have been considered important by a reasonable shareholder who was in the process of deciding how to vote*”³⁰. Più rilevante è stata la pronuncia sul caso *TSC Industries*, nella cui *leading opinion* del Giudice Marshall Thurgood si affermò il principio per cui “*An omitted fact is material if there is a substantial likelihood that a reasonable shareholder would consider it important in deciding how to vote*”³¹.

²⁹ Cfr. Securities Act del 1933, section 17(a)(2) ai sensi del quale “*it shall be unlawful for any person in the offer or sale of any securities ... to obtain money or property by means of any untrue statement in order to make the statement, in light of the circumstances under which they were made, not misleading*”; Securities Exchange Act 1934, section 18(a) prevedeva la responsabilità di qualsiasi persona che effettuasse dichiarazioni “*in any application, report, or document ... which statement was at the time and in light of the circumstances under which it was made false or misleading with respect to any material fact*”.

³⁰ *Mills v. Electric Auto-Lite Co.*, 396 U.S. 375 (1970), 384.

³¹ *TSC Industries Inc. v. Northway*, 426 U.S. 438 (1976), ed ivi (at 445) lo stesso principio veniva ribadito nella seguente formula “*there must be a substantial likelihood that the disclosure of the omitted fact would have been viewed by the reasonable investor as having significantly altered the “total mix” of information available*”. È stato evidenziato però che “*Substantial likelihood*” is not defined in any Supreme Court case or the Securities Laws or any rule or regulation thereunder»; cfr. J.A. TERREL, *Materiality in Review Probability, Magnitude and The Reasonable Investor*, Bracewell, 2021, p. 6, disponibile al link: https://bracewell.com/sites/default/files/knowledge-center/Materiality%20in%20Review_0.pdf

Nella stessa decisione si faceva presente la contrarietà a un'estensione del concetto di *materiality* per la necessità di contenere sia il rischio di esporre gli amministratori a responsabilità per la mancata comunicazione di informazioni insignificanti, sia il rischio di sovraccaricare gli azionisti e gli investitori con una massa di informazioni di scarso rilievo, con l'effetto di rendere meno evidenti le informazioni effettivamente rilevanti.

Questo criterio individuato dalla giurisprudenza in *Mills* e poi confermato in *TSC Industries* è stato poi adottato espressamente dal § 10(b) del Securities Exchange Act e dalla *Rule 10b-5* con lo scopo di contrastare le *securities frauds*³².

Successivamente la Corte Suprema tornava più volte sul tema senza mutare sostanzialmente l'approccio adottato in *TSC Industries*³³.

Sulla scorta delle indicazioni della decisione *TSC Industries*, la SEC mutava nel 1982 la definizione di *materiality* di cui alla *Rule 405* nella versione tutt'ora vigente, per cui *“The term material, when used to qualify a requirement for the furnishing of information as to any subject, limits the information required to those matters to which is a substantial likelihood that a reasonable investor would attach importance in determining whether to purchase the security registered”*³⁴.

Tuttavia, il dibattito sull'opportunità di mantenere tale criterio di

³² La *Security and Exchange Commission* (SEC) ha emanato la *Rule 10b-5* in forza della Section 10(b) dell'Exchange Act, che autorizza la SEC a regolare le *'securities frauds'*, riprendendo lo stesso concetto di *materiality*. Il testo normativo (formalmente 17 CFR § 240.10b-5) statuisce che *«it shall be unlawful for any person [...] (a) [t]o employ any device, scheme, or artifice to defraud, (b) [t]o make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact [...] or (c) to engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security»*. Cfr. *«Rule 10b-5»*, *Legal Information Institute - Cornell Law School*, disponibile al link: https://www.law.cornell.edu/wex/rule_10b-5. L'interpretazione della nozione di *materiality* in § 10(b) e *Rule 10b-5* è pacifica; cfr. *Brief for Petitioners* 17, n. 12; *Brief for Respondents* 30, n. 10; *Brief for SEC as Amicus Curiae* 8, n. 4.; *McGrath v. Zenith Radio Corp.*, 651 F.2d 458, 466, n. 4 (CA7), *cert. denied*, 454 U.S. 835 (1981); *Goldberg v. Meridor*, 567 F.2d 209, 218-219 (CA2 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 1069 (1978).

³³ In *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988) la Corte Suprema ha ridefinito la definizione di materialità in relazione all'applicazione a possibili eventi futuri; in *Matrixx Initiatives, Inc. v. Siracusano*, 563 U.S. 27 (2011) il concetto di materialità è stato ripreso cambiando leggermente il linguaggio rispetto alla formula precedente ed affermando che l'informazione è material se è *«substantially likely that a reasonable investor would have viewed this information as having significantly altered the “total mix” of information made available»*, passando dunque da una *“probabilità sostanziale”* ad un fatto *“sostanzialmente probabile”*. cfr. J.A. TERREL, *Materiality in Review Probability, Magnitude and The Reasonable Investor*, op. loc. ult. cit.

³⁴ CFR § 230.405.

determinazione delle informazioni da pubblicare è sempre stato molto vivace e non è tutt'ora sopito.

Da un lato, si è da più parti sostenuto che la nozione di *materiality* nel sistema giuridico-finanziario statunitense è oggetto di un utilizzo eccessivo senza che, nel contempo, la SEC e la giurisprudenza ne abbiano adeguatamente precisato l'ambito e le modalità di applicazione. In questo senso, numerosissimi sono i richiami legislativi e regolamentari e i diversi profili in cui la definizione sopra riferita è apparsa imprecisa e talvolta inadeguata³⁵.

D'altro canto, non sono mancate iniziative legislative e regolamentari che hanno introdotto per certi settori o rispetto a specifiche esigenze obblighi informativi eccedenti il criterio della *financial materiality* e in taluni casi attinenti a profili relativi all'ambiente o ad esigenze di carattere sociale, politico o etico. Già nel 1975 la SEC ricevette la richiesta di estendere gli obblighi informativi a profili etico-sociali, ma non mutò il proprio approccio³⁶. Più di recente, a seguito della crisi finanziaria del 2008, il Congresso ha mostrato qualche apertura alla possibilità di estendere gli obblighi di *non-financial disclosure*, per finalità connesse con esigenze etico-politiche o correlate al positivo sviluppo dei rapporti tra imprese, managers e dipendenti. Ad esempio, con il Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act sono stati introdotti obblighi di comunicazione relativi l'eventuale utilizzo di c.d. *conflict minerals* (ovvero di minerali il cui commercio potesse finanziare il conflitto all'epoca in atto nella Repubblica Democratica del Congo), ai pagamenti a Governi di altri Paesi correlati al commercio di petrolio, gas o minerali, nonché al rapporto proporzionale tra i corrispettivi percepiti dai CEO e quello medio dei dipendenti esclusi

³⁵ J.D. REDWOOD, *Qualitative Materiality Under the SEC Proxy Rules and the Fifth Amendment: A Disclosure Accident Waiting to Happen or Two Ships Passing in the Night?*, in *Wis. L. Rev.*, 1992, p. 315; J. MACLEOD HEMINWAY, *Materiality Guidance in the Context of Insider Trading: A Call for Action*, in *52 Am. U. L. Rev.*, 2003, pp. 1131-1135; P. HALL, *The Plight of the Private Securities Litigation Reform Act in the Post-Enron Era: The Ninth Circuit's Interpretation of Materiality in Employer-Teamster v. America West*, in *B.Y.U. L. Rev.*, 2004, pp. 864-865; S.J. PADFIELD, *Who Should Do the Math? Materiality Issues in Disclosures That Require Investors to Calculate the Bottom Line*, in *34 Pepp. L. Rev.*, 2007, pp. 928-929; S.J. PADFIELD, *Is Puffery Material to Investors? Maybe We Should Ask Them*, in *10 U. Pa. J. Bus. & Emp. L.* 339, 2008, p. 341; C.W. LIN, *Undressing the CEO: Disclosing Private, Material Matters of Public Company Executives*, in *11 U. Pa. J. Bus. L.* 383, 2009, pp. 383-385; D.A. OESTERLE, *The Overused and Under-defined Notion of "Material" in Securities Law*, in *Ohio State Public Law Working Paper*, No. 145, 2011, disponibile al link: <https://www.law.upenn.edu/live/files/157-oesterle14upajbusl1672011pdf>.

³⁶ SEC, Securities Act release, n. 5627 del 14 ottobre 1975, p. 18.

i CEOs delle società quotate³⁷.

Tali obblighi informativi, palesemente estranei al principio generale della *financial materiality*, però, sono stati aspramente criticati dalla business community, in quanto ritenuti espressione di un uso distorto dell'informazione finanziaria, non corrispondenti agli interessi degli investitori e causa di rilevanti costi e rischi aggiuntivi anche di contenzioso³⁸.

Al di fuori di tali casi eccezionali, diverse ragioni, largamente condivise sia a livello politico-istituzionale sia nella giurisprudenza e nella business community, hanno indotto a mantenere invariato il descritto approccio imperniato sul criterio della *financial materiality*.

In chiave politico-istituzionale si è evidenziato come la cultura statunitense imperniata sulla libertà d'iniziativa economica e d'impresa tende a limitare l'intervento dei regolatori e dei vigilanti contenendo anche gli obblighi informativi e le correlate responsabilità a quelle che sono strettamente connesse con le esigenze del mercato e degli investitori³⁹. Con specifico riferimento al tema in questione si è affermato che l'estensione da parte della SEC della nozione di *material fact/information* oltre il parametro connesso con le esigenze del "reasonable investor" potrebbe essere percepita dalla business community come una manifestazione di politicizzazione dell'istituzione, ultronea rispetto al ruolo tecnico che le è affidato dal legislatore⁴⁰.

D'altra parte, come già evidenziato dal Justice Thurgood in *TSC Industries*, l'ampliamento degli obblighi informativi, specialmente se correlato a parametri non sufficientemente determinati, potrebbe ingenerare un sovraccarico di comunicazioni, con il concreto rischio di un effetto controproducente, ovvero di rendere meno fruibili le informazioni effettivamente rilevanti per gli investitori⁴¹.

³⁷ Dodd-Frank Wall Street and Consumer Protection Act del 21 luglio 2010; le disposizioni richiamate sono rispettivamente contenute nelle sections 1502 ("Conflict Minerals"), 1504 ("Disclosure of Payment by Resource Extraction Issuers") e 953 (b) (Executive Compensation Disclosures").

³⁸ Business Roundtable, *The Materiality Standard for public Company Disclosure: Maintain What Works*, ottobre 2015, p. 9 e ss. La Business Roundtable è un'associazione che sin dal 1972 riunisce i CEO delle maggiori società statunitensi; attualmente l'associazione è composta da oltre 200 membri, che rappresentano imprese che producono circa il 25% del GDP USA e impiegano circa un quarto dei lavoratori del Paese: www.businessroundtable.org.

³⁹ D. CASH, *Sustainability Rating Agencies vs Credit Rating Agencies. The Battle to Serve the Mainstream Investor*, Palgrave Macmillan, 2021, p. 116.

⁴⁰ V. HARPER HO, *From Public Policy to Materiality: Non-financial Reporting, Shareholder Engagement, and Rule 14a-8's Ordinary Business Exception*, in *Washington and Lee Law Review*, vol. 76, n. 3, 2019, pp. 1231-1257.

⁴¹ V. HARPER HO, *Disclosure Overload? Lessons for Risk Disclosure & ESG Reporting Reform*

Molto sentito è poi il rischio per le imprese e per i loro managers, sia in termini di costi connessi all'adempimento degli obblighi informativi, sia in termini di responsabilità derivanti dalle potenziali violazioni di obblighi informativi dalla portata non sufficientemente definita. Per questo motivo la business community statunitense ha chiaramente espresso in più occasioni la propria contrarietà alla modifica degli obblighi di *disclosure* ed all'abbandono del criterio della "*financial materiality*", così come interpretato dalla SEC e dalla giurisprudenza prevalente⁴².

Infine, occorre considerare che nel sistema finanziario statunitense un ruolo determinante è svolto da alcuni operatori finanziari e gestori di masse enormi di denaro⁴³; atteso che la valutazione positiva o negativa di tali fondamentali stakeholders è in grado di condizionare le sorti di imprese, strumenti finanziari e mercati, è convinzione diffusa che, in luogo di introdurre norme imperative caratterizzate da forti elementi di criticità, come quelle connesse ad una rimodulazione della *disclosure* obbligatoria, un concreto risultato può essere raggiunto anche grazie a linee guida o ad altri strumenti di soft law (il c.d. *private ordering*), che consentano di arricchire il patrimonio informativo anche rispetto a profili non strettamente finanziari nei limiti in cui il mercato ne percepisca la rilevanza.

Nel contesto di una legislazione sulla *disclosure* finanziaria così impostata logicamente anche il rating ESG non ha potuto che privilegiare l'approccio della c.d. *financial materiality*, ovvero la costruzione di metriche basate sui fattori ESG che ne evidenziassero la ricaduta, quali fattori di rischio, sulle prospettive finanziarie delle imprese⁴⁴. Ciò è dipeso, da un lato, dalla natura

from the Regulation S-K Concept Release), in 65 *Villanova Law Review*, 2020, p. 70.

⁴² Business Roundtable, *The Materiality Standard for public Company Disclosure: Maintain What Works*, cit. L'approccio tradizionale, però, sembra messo in discussione dal nuovo *Statement on the Purpose of a Corporation* adottato dalla Business Roundtable il 19 agosto 2019, con cui si è affermato che le società debbono non soltanto generare valore nel lungo termine per i soci, ma anche trasferire valore ai consumatori, investire nei propri dipendenti, agire correttamente ed eticamente nei confronti dei fornitori, supportare le comunità in cui operano (Business Roundtable, *Statement on the Purpose of a Corporation* in https://system.businessroundtable.org/app/uploads/sites/5/2023/02/WSJ_BRT_POC_Ad.pdf)

⁴³ I tre maggiori fondi c.d. Big Three (BlackRock, Vanguard e State Street) hanno gestito nel 2022 un patrimonio rispettivamente di oltre 10, 8 e 4 trilioni di dollari: S. BISMAR, F. CAMBEIRO, *Big Three Institutional Investor Updates*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 13 aprile 2022, in <https://corpgov.law.harvard.edu/>. Sullo sviluppo degli investitori istituzionali J. FICHTNER, *The rise of institutional investors*, in *The Routledge international handbook of financialization*, 2020, p. 265.

⁴⁴ I principali fornitori statunitensi di rating (ESG, Bloomberg, FTSE Russel, MSCI e Sustainalytics) hanno un business model di tipo profit e quindi il loro obiettivo è quello di realizzare ratings che siano appetibili sul mercato, affinché possano essere venduti

delle informazioni obbligatoriamente fornite dalle imprese, che logicamente debbono includere tra i fattori di rischio anche dati e previsioni di carattere sociale, di governance, ma soprattutto ambientale, specie se connesse con il cambiamento climatico. Dall'altro, l'adozione dell'approccio predetto è stata sostenuta dallo sviluppo degli studi economici, che hanno cercato di evidenziare una correlazione tra i fattori ESG, e quindi tra il rating ESG delle imprese, e le loro prospettive finanziarie. Una correlazione positiva tra ESG ratings e performance finanziaria è stata attestata dalla maggioranza degli studi economici⁴⁵, anche se non sono mancate voci dissonanti, che evidenziano come tali risultati non possano essere riferiti agli ESG rating in generale, e neppure agli ESG rating distinti per settori industriali, risultando essi rilevanti soltanto se si comparano imprese dello stesso settore e di pari dimensione⁴⁶.

A prescindere dai risultati è evidente, però, che gli ESG rating presi in considerazione – in genere quelli elaborati da Bloomberg – appartengono alla categoria degli ESG risk rating, che misurano l'incidenza dei fattori ESG quali fattori di rischio finanziario dell'impresa, e non a quella degli ESG impact rating, ovvero quei rating che misurano l'impatto delle attività azien-

proficuamente: cfr. Commissione europea, *Study on sustainability-related ratings, data and research*, cit., p. 57.

⁴⁵ T. WHELAN, U. ATZ, C. CLARK, *Esg and financial performance: Uncovering the relationship by aggregating evidence from 1,000 plus studies published between 2015 – 2020*, Rockefeller Asset Management Working Paper 2021: https://www.stern.nyu.edu/sites/default/files/assets/documents/NYU-RAM_ESG-Paper_2021%20Rev_0.pdf; KHAN-MOZAFFAR *et al.*, *Corporate Sustainability: First Evidence on Materiality*. *The Accounting Review*, vol. 91, no. 6, 2016, pp. 1697-724. JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/24907173>. Accessed 26 Jan. 2024: <https://www.jstor.org/stable/24907173?seq=1>; K.P. PUCKER, A. KING, *ESG Investing Isn't Designed to Save the Planet*, in *Harvard Business Review*, Harvard 2022, disponibile al link: <https://hbr.org/2022/08/esg-investing-isnt-designed-to-save-the-planet>; L. BERCHICCI, A. KING, *Material Sustainability and Stock Return: Faith is Not Enough*, in *Journal of Financial Reporting*, 7 (2), 2022, pp. 41-42; A. KING, K. PUCKER, *ESG and Alpha: Sales or Substance?*, in *Institutional Investor*, 2022, disponibile al link: <https://open.bu.edu/handle/2144/44287>; B. ADEMI, N.J. KLUNGSETH, *Does it pay to deliver superior ESG performance? Evidence from US S&P 500 companies*, in *Journal of Global Responsibility*, Vol. 13 No. 4, 2022, pp. 421-449, disponibile al link: <https://doi.org/10.1108/JGR-01-2022-0006>; R.P. GREGORY, *ESG scores and the response of the S&P 1500 to monetary and fiscal policy during the Covid-19 pandemic*, in *International Review of Economics & Finance*, 78, 2022, pp. 446-456, disponibile al link: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1059056021002616>; N. ENGELHARDT, J. EKKENGA, P. POSCH, *ESG Ratings and Stock Performance during the COVID-19 Crisis*, in *Sustainability*, 2021, p. 7133: disponibile al link: <https://doi.org/10.3390/su13137133>

⁴⁶ Z. WILLIAMS, *The materiality challenge of ESG rating*, in *Economics and Culture*, 19(2), 2022, pp. 97-108.

dali sull'ambiente e sui rapporti con gli stakeholders e la società in genere.

D'altronde, è evidente che tali valutazioni sono certamente estranee alla prospettiva della business community (i.e. Business Roundtable), che si è ripetutamente schierata contro iniziative legislative o regolamentari in favore della non-financial information disclosure.

Ciò non ha impedito che, sulla scorta di specifiche richieste del mercato – specie rispetto ai temi ambientali ed al contrasto con il riscaldamento globale –, lo sviluppo anche negli Usa di rating sull'impatto ESG delle attività aziendali⁴⁷.

In tale contesto un segnale significativo è stato recentemente offerto anche dalla SEC, che nel marzo 2022 ha pubblicato la proposta di introdurre nella procedura di registrazione degli strumenti finanziari specifici obblighi informativi connessi con il clima, nella doppia veste dei rischi per l'attività sottostante all'investimento connessi ai cambiamenti climatici e delle emissioni dirette o indirette correlate all'attività⁴⁸.

Nel complesso in un sistema che vede incentrata la *disclosure* sul criterio della *financial materiality* si pone il problema della rilevanza e dell'affidabilità di rating ESG che fuoriescano da tale quadro. La rilevanza resta, infatti, condizionata al mero interesse del fruitore che intenda effettuare valutazioni dell'investimento anche rispetto al prevedibile

⁴⁷ Bloomberg: https://www.bloomberg.com/professional/solution/sustainable-finance/?utm_medium=Adwords_SEM&utm_source=pdsrch&utm_content=EMEA_ESGSustainable_2024&utm_campaign=834272&tactic=834272&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAzc2tBhA6EiwArv-i6cw4nwwT3SXbtBxBhAQPmHFpr7Rlhr9DpBA-JZkVI3J5K7S20d8qYBoCW8cQAvD_BwE; Sustainalytics: <https://www.sustainalytics.com/esg-ratings>; ERM ESG fusion: https://www.erm.com/service/digital-services/esg-fusion/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=ESG_Fusion_Corporates&gclid=CjwKCAiAzc2tBhA6EiwArv-i6ZO0hMK61ys3Rq1rca3LoofNFoCVGtPZpDX8x9ZDoBcZoNENpzbzERoC6s0QAvD_BwE; Clearview Group: https://insights.cviewllc.com/esg-advisory?gad_source=1&gclid=CjwKCAiAzc2tBhA6EiwArv-i6WR0o7yJuiQH06UKgduPSQPHOzrIG2RZ_oEAbZh2iXAHyWd_Pq5bkBoCiekQAvD_BwE.

⁴⁸ La SEC ha pubblicato il 21 marzo 2022 una corposa proposta di integrazione del Securities Act del 1933 e del Securities Exchange Act del 1934 intitolata “*The Enhancement and Standardization of Climate-related Disclosure for Investors*”, disponibile in <https://www.sec.gov/files/rules/proposed/2022/33-11042.pdf>. Sebbene le proposte regole di informativa siano prevalentemente incentrate sul rischio di impatto dei cambiamenti climatici sull'attività economica e sui suoi risultati finanziari, al loro interno figurano anche indicazioni sulle emissioni di gas ad effetto serra e sui piani per la loro riduzione. Quindi, implicitamente, la proposta include anche l'imposizione di regole di disclosure c.d. *inside-out* ovvero sull'impatto delle attività aziendali sull'ambiente e non soltanto quello opposto, che può essere ricondotto alla *financial materiality*. La SEC afferma che le regole proposte sono basate sulle raccomandazioni della Task Force on Climate-Related Financial Disclosure (TCFD). Cfr. D.F. LARCKER *et al.*, *ESG rating: A compass without direction*, cit., nota 8.

impatto delle attività sull'ambiente, gli stakeholder e la società in genere; l'affidabilità è certamente condizionata dalla necessità di acquisire un patrimonio informativo idoneo in assenza di prescrizioni normative che impongano la pubblicazione dei dati rilevanti da parte delle imprese. A tali criticità si aggiungono quelle correlate alla compresenza di rating ESG aventi diverse finalità, metriche e parametri di valutazione e quindi alla potenziale distonia tra il valore ad essi attribuito dai fruitori e l'effettiva portata dei valori da essi espressi.

Le criticità del quadro regolatorio statunitense, impostato su un approccio ormai quasi centenario, sembrano enfatizzate dal confronto con quello fortemente dissonante dell'Unione europea.

4. Rating ESG e double materiality nell'approccio europeo

L'Unione Europea è l'istituzione politica mondiale che più ha investito nello sviluppo di standard e metriche di valutazione della *disclosure* in tema di cambiamento climatico e apprezzamento di parametri ESG. Tale approccio include anche una rivisitazione della definizione di “*materiality*” ovvero di “*material information*” nella regolamentazione dei mercati e dei servizi finanziari, che è giunta ad esiti sensibilmente diversi rispetto a quella statunitense.

Il concetto di *materiality* nel senso accolto nel sistema statunitense è presente anche nella legislazione europea e figura tra l'altro nelle fonti di armonizzazione della disciplina dei bilanci d'esercizio, dei bilanci consolidati e delle relative relazioni. In particolare nella Direttiva UE n. 2013/34, è qualificata come “*material*” (“rilevante” nella versione italiana) “*lo stato dell'informazione quando la sua omissione o errata indicazione potrebbe ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio d'impresa*”⁴⁹. Con tale qualificazione si sono quindi delimitati gli obblighi informativi soddisfatti attraverso il bilancio d'impresa utilizzando un parametro che appare del tutto assimilabile a quello maturato nella giurisprudenza e poi accolto nella regolazione statunitense.

Tuttavia, già con la promulgazione della prima direttiva sull'informazione non-finanziaria (NFRD) il concetto di *materiality* ha assunto nel sistema eurounitario una diversa accezione⁵⁰. Era d'altronde logico che, rispetto ad

⁴⁹ Direttiva 2013/34/UE, art. 2, n. 16).

⁵⁰ Direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune

una disciplina esplicitamente incentrata sull'informazione non-finanziaria, sebbene all'epoca ancora parziale e largamente discrezionale, il concetto di “*materiality*” non potesse essere ricondotto alla pura “*financial materiality*”, investendo cioè i fattori ESG soltanto se e nei limiti in cui potessero avere un impatto sull'andamento economico-finanziario dell'impresa. Come è stato ben evidenziato nelle Guidelines pubblicate dalla Commissione nel 2017, la NFRD ha introdotto un nuovo modo di concepire la “*materiality*”⁵¹ rispetto alle informazioni non-finanziarie incentrato sulla necessità di comprendere l'impatto dell'attività, sia pure limitatamente ad un ristretto ambito di grandi imprese, rispetto a quattro principali istanze (ambiente, questioni sociali e rapporti con i dipendenti, diritti umani, corruzione)⁵². In forza della Direttiva l'analisi richiesta deve includere, oltre agli effetti certi, anche i maggiori rischi di impatti gravi sia se positivi sia se negativi.

In quest'ottica nelle stesse Guidelines si è sottolineato, inoltre, che la *materiality* dell'informazione deve essere valutata non come a sé stante, ma nel contesto del settore di appartenenza. Tale importante indicazione

imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni. La direttiva NFRD è stata elaborata sulla scorta delle Risoluzioni del Parlamento Europeo del 6 febbraio 2013 n. 2012/2097 sulla “*Responsabilità sociale delle imprese: promuovere gli interessi della società e un cammino verso una ripresa sostenibile ed inclusiva*” e n. 2012/2098 sulla “*Responsabilità sociale delle imprese: comportamento commerciale affidabile, trasparente e responsabile e crescita sostenibile*”. Sin dalle risoluzioni del Parlamento emergeva l'intento di tener conto della natura multidimensionale della responsabilità sociale delle imprese (RSI) garantendo ai consumatori un facile accesso alle informazioni relative all'impatto delle attività delle imprese sulla società. Si veda anche *Review of the Non-Financial Reporting Directive, European Commission, 2020*, p. 3 ss., disponibile al link: https://www.wlrk.com/docs/Review_of_Non-Financial_Reporting_Directive.pdf. Per una ricostruzione critica dei contenuti della direttiva si veda S. BRUNO, *Dichiarazione “non finanziaria” e obblighi degli amministratori*, in *Riv. soc.* 2018, pp. 974 ss.

⁵¹ M. BOSSUT, I. JÜRGENS, T. PIOCH, F. SCHIEMANN, T. SPANDEL, R. TIETMEYER, *What information is relevant for sustainability reporting? The concept of materiality and the EU Corporate Sustainability Reporting Directive*, in *Sustainable Finance Research Platform Policy Brief*, 7, 2021, disponibile al link: https://wpsf.de/wp-content/uploads/2021/09/WPSF_PolicyBrief_7-2021_Materiality.pdf; C.A. ADAMS, A. ALHAMOOD, XINWU HE, JIE TIAN, LE WANG, YI WANG, *The double-materiality concept. Application and issues*, in *Global Reporting*, 2021, disponibile al link: <https://www.globalreporting.org/media/jrbntbyv/griwhitepaper-publications.pdf>.

⁵² Cfr. l'art. 19 bis introdotto nella direttiva 2013/34 dalla direttiva 2014/95/UE, che ha imposto alle imprese di grandi dimensioni che costituiscono enti di interesse pubblico con almeno 500 dipendenti l'inclusione nella relazione sulla gestione di una dichiarazione di carattere non finanziario contenente “*informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva in misura necessaria alla comprensione dell'andamento dell'impresa, dei suoi risultati, della sua situazione e dell'impatto della sua attività*”.

fa emergere una caratteristica particolarmente rilevante per la costruzione delle metriche e dei rating ESG: la comparazione tra le modalità di correlazione tra un'attività economica ed i fattori ESG è molto più complessa della comparazione tra credit rating. Si pone quindi il problema teorico-pratico se ed in che limiti sia scientificamente fondata la costruzione di metriche generali circa la valutazione di impatto ESG di un'attività economica, ovvero se sia possibile la comparazione soltanto tra imprese dello stesso settore⁵³.

Certo è che a partire dalla Direttiva 2014/95/UE e dalle relative Guidelines esplicative del 2017 e poi del 2019 l'approccio alla *disclosure* sulle informazioni d'impresa in Europa si è caratterizzato per la c.d. "double materiality", distinguendosi nettamente dall'approccio statunitense⁵⁴.

Con la definizione di "double materiality" si intende evidenziare che la materialità ha due livelli sostanziali: il primo di *financial materiality*⁵⁵ ed il secondo di *environmental and social materiality*⁵⁶; ogni informazione

⁵³ Recenti studi economici hanno evidenziato che non vi sarebbe una generale correlazione tra parametri di sostenibilità di un'attività e prestazione finanziaria, e che ciò non si verifica necessariamente neppure focalizzando la ricerca per settori: Z. WILLIAMS, *The materiality challenge of ESG rating*, in *Economics and Culture*, cit., pp. 97 ss.

⁵⁴ D.A. KATZ, L.A. MCINTOSH, *Corporate Governance Update: "Materiality" in America and Abroad*, cit.; European Parliament Research Service, *Non-financial Reporting Directive*, gennaio 2021, disponibile al link: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/654213/EPRS_BRI\(2021\)654213_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/654213/EPRS_BRI(2021)654213_EN.pdf); A.F. CICCHIELLO- F. MARRAZZA, S. PERDICHIZZI, *Non-financial disclosure regulation and environmental, social, and governance (ESG) performance: The case of EU and US firms*, in *Corporate Social Responsibility and Environmental Management*, vol. 30, issue 3, 2022, disponibile al link: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/csr.2408?casa_token=T3HP2Qusi5EAAAA-A%3AsikzuMoUS9iaNnVTrh6DDfjRJKHmviddGkxYIN8LSK2JvMC2bupBschyjSapsPF6_W5qyVvVKB6KnAA; R. BREIJER, R. P. ORIJ, *The Comparability of Non-Financial Information: An Exploration of the Impact of the Non-Financial Reporting Directive (NFRD, 2014/95/EU)*, in *Accounting in Europe*, vol. 19, issue 2, 2022, pp. 332-361, disponibile al link: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17449480.2022.2065645?needAccess=true>.

⁵⁵ «The reference to the company's "development, performance [and] position" indicates financial materiality, in the broad sense of affecting the value of the company. Climate-related information should be reported if it is necessary for an understanding of the development, performance and position of the company. This perspective is typically of most interest to investors» *Communication from the Commission Guidelines on non-financial reporting: Supplement on reporting climate-related information* (2019/C 209/01), p. 4, disponibile al link: https://www.wlrk.com/docs/Double_Materiality.pdf

⁵⁶ «The reference to "impact of [the company's] activities" indicates environmental and social materiality. Climate-related information should be reported if it is necessary for an understanding of the external impacts of the company. This perspective is typically of most

e questione può essere considerata *material* in ognuna di queste due prospettive.

Le informazioni di rilevanza finanziaria afferiscono al valore e qualità imprenditoriale in termini di posizione di mercato e di *performance*. Sono dunque *material* le informazioni (di qualunque tipo) che siano necessarie per costruire questo quadro e rendere evidenti qualità e livelli di natura finanziaria, economicamente apprezzabili. In questa prospettiva, sono *material* anche le *climate-related information* e *social-related information*, ma soltanto se necessarie per far evincere il grado di sviluppo, *performance* e posizione di mercato dell'impresa.

Invece, la *environmental* e *social materiality* è intesa come quella legata alle informazioni la cui pubblicità e notizia è ritenuta necessaria per dimostrare e rendere noto l'impatto esterno dell'impresa. Le informazioni sono solitamente tese a rappresentare tale impatto ad un eterogeneo insieme di soggetti potenzialmente interessati come dipendenti, partner commerciali, consumatori, comunità sociali ed organizzazioni civili, ma anche quegli investitori che scelgono di dare peso e rilevanza (ideale o meno) a queste informazioni anche ai fini delle scelte di investimento e quindi per conoscere l'impatto ambientale e sociale del loro portafoglio di investimento.

Dunque, il risvolto 'filosofico' sotteso alla doppia materialità di matrice eurounitaria consiste nel fatto che le società non debbono soltanto informare su come la sostenibilità possa influenzare l'impresa, ma anche su come l'impresa sia in grado di influenzare la società e l'ambiente, proprio perché queste due prospettive di rischio – del quale rendere edotta la platea di consociati, consumatori e *stakeholder* – già si sovrappongono e lo faranno sempre più, con molta probabilità, in futuro⁵⁷.

Questo approccio non è mutato, ma anzi si è rafforzato con gli sviluppi più recenti della regolamentazione sulla non-financial information. La regolazione unionale sull'informazione e sulla valutazione sull'impatto esterno delle attività economiche è stata integrata e specifica principalmente attraverso tre ulteriori fonti: il regolamento relativo all'informativa sulla

interest to citizens, consumers, employees, business partners, communities and civil society organizations. However, an increasing number of investors also need to know about the climate impacts of investee companies in order to better understand and measure the climate impacts of their investment portfolios» Communication from the Commission Guidelines on non-financial reporting: Supplement on reporting climate-related information, cit.

⁵⁷ *Review of the Non-Financial Reporting Directive, European Commission, 2020, p. 3 ss., disponibile al link: https://www.wlrk.com/docs/Review_of_Non-Financial_Reporting_Directive.pdf.*

sostenibilità nel settore dei servizi finanziari (SFRD)⁵⁸, il Regolamento tassonomia sulla classificazione delle attività economiche sostenibili (Regolamento Tassonomia)⁵⁹ e, da ultimo, la Direttiva sulla rendicontazione societaria di sostenibilità (CSRD)⁶⁰.

Nella CSRD il tema della funzione dell'informazione non finanziaria è affrontato in modo esplicito. Nelle premesse infatti, richiamati gli articoli della direttiva 2013/34/UE sugli obblighi di informazione, si afferma che essi dispongono che *“le imprese riferiscano sia in merito all’impatto delle attività dell’impresa sulle persone e sull’ambiente, sia riguardo al modo in cui le questioni di sostenibilità incidono sull’impresa. È la cosiddetta prospettiva della «doppia rilevanza», nella quale il rischio che l’impresa affronta e l’impatto da essa prodotto rappresentano ciascuno una prospettiva di rilevanza”*⁶¹. Si sottolinea, però, nella Direttiva che tali due prospettive spesso non sono comprese o applicate correttamente e che *“le imprese dovrebbero considerare ciascuna prospettiva di rilevanza singolarmente e comunicare sia informazioni che sono rilevanti da entrambe le prospettive sia informazioni che sono rilevanti da una sola prospettiva”*⁶².

Sulla scorta di tale impostazione la CSRD propone un quadro dell'informazione non finanziaria, ridenominata “rendicontazione di sostenibilità”, radicalmente mutato rispetto alla NFRD. L'oggetto della rendicontazione viene esteso a tutte le “questioni di sostenibilità”, definite come i fattori ambientali, sociali concernenti il personale, relativi ai diritti umani e di governance, e le questioni relative alla lotta alla corruzione attiva o passiva. I contenuti della relazione di sostenibilità delineati dal nuovo art. 19 bis della Direttiva NFRD, come modificato dall'art. 1 della Direttiva CSRD, investono sia l'impatto dei fattori ESG sull'impresa, sia soprattutto l'impatto delle attività d'impresa sulle “questioni di sostenibilità”, imponendo così la considerazione di tutti gli stakeholder e non soltanto degli shareholders e degli investitori⁶³.

⁵⁸ Regolamento (UE) 2019/2088 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27

novembre 2019 relativo all'informazione sulla sostenibilità nel settore dei servizi finanziari

⁵⁹ Regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

⁶⁰ Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 sulla rendicontazione societaria di sostenibilità.

⁶¹ Direttiva (UE) 2022/2464, considerando n. 29.

⁶² Ibidem.

⁶³ Cfr. P.P. BALDI, *La nuova Direttiva sulla rendicontazione di sostenibilità (CSRD) e revisione contabile sui dati non finanziari - Il concetto di materialità: definizioni e sviluppi futuri*, in *Ordine dei Dottori Commercialisti – Commissione ESG, Sviluppo Sostenibile e Corporate*

Frequenti nella Direttiva sono i richiami alla prospettiva della *double materiality*⁶⁴ ovvero alla *environmental and social materiality*⁶⁵; anzi, sebbene non manchino i richiami alla valutazione e gestione dei rischi per l'andamento dell'impresa derivanti dai fattori ESG, nell'insieme può affermarsi che

Reporting, disponibile al link: https://www.odcec.roma.it/index.php?option=com_wbmf&format=raw&cod=MzAzOTM=. M. DI SARLI, *Una proposta di direttiva della Commissione UE in materia di Corporate Sustainability Reporting European Commission proposal for a directive on Corporate Sustainability Reporting*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 9, 2021, pp. 1561 ss.; R. ODOBAŠA, K. MAROŠEVIĆ, *Expected contributors of the European corporate sustainability reporting directive (CSRD) to the sustainable development of the European Union*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC)*, 7, pp. 593–612, disponibile al link: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/view/27463>; P. WADHWA, *Non-financial reporting: corporate social responsibility, executives and materiality*, in *International Journal of Research in Commerce & Management*, vol. 8, issue 06, 2017, disponibile al link: [file:///C:/Users/utente/Downloads/Non_Financial_Reporting_Corporate_Social%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/utente/Downloads/Non_Financial_Reporting_Corporate_Social%20(1).pdf). Gli obblighi di rendicontazione così introdotti in Europa sono molto più ampi di quelli previsti dalla regolamentazione statunitense. Poiché saranno applicati anche ad imprese extraeuropee che svolgano nell'unione un'attività rilevante, la dottrina statunitense ha evidenziato i rischi derivanti dal conflitto tra i diversi regimi di disclosure: cfr. R. FOX, S. TOMS, J. GIM, *The EU's New ESG Disclosure Rules could spark Securities Litigation in the US*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2023, disponibile al link: <https://corpgov.law.harvard.edu/2023/09/23/the-eus-new-esg-disclosure-rules-could-spark-securities-litigation-in-the-us/>

⁶⁴ Tra i richiami espliciti, oltre a quello di cui al considerando n. 29, già richiamato, si veda anche il considerando n. 39. La prospettiva della “*double materiality*” è ivi individuata tra quelle che sono state accolte dal Gruppo consultivo europeo sull'informativa finanziaria (EFRAG) nelle raccomandazioni per l'elaborazione dei principi di rendicontazione di sostenibilità che sono posti a fondamento della disciplina di cui alla direttiva. Cfr. G. GALEONE, *La rendicontazione non finanziaria e la misura dei fattori di sostenibilità. Profili teorici e prospettive future*, in *Studi e ricerche di economia aziendale*, 2023, disponibile al link: <https://ricerca.uniba.it/handle/11586/428972?mode=complete>; C. ADAMS *et al.*, *The double-materiality concept. Application and issues*, 2021, disponibile al link: <https://www.globalreporting.org/media/jrbntbyv/griwhitepaper-publications.pdf>; A. VENTURELLI *et al.*, *The Revision of Nonfinancial Reporting Directive: A Critical Lens on the Comparability Principle*, in *Business Strategy and the Environment*, 2020, disponibile al link: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/bse.2598>

⁶⁵ Tra le affermazioni più esplicite si veda il considerando n. 46, in cui si prospetta l'esigenza che i principi di rendicontazione di sostenibilità specifichino le informazioni che le imprese sono tenute a comunicare riguardo a tutti i principali fattori ambientali, compreso il loro impatto e le loro dipendenze in relazione a clima, aria, acqua, suolo e biodiversità. Rispetto agli obiettivi ambientali dell'Unione la classificazione è contenuta nel regolamento (UE) 2020/852. Le informazioni che le imprese sono tenute a pubblicare rispetto all'impatto ambientale delle loro attività sono indicati all'art. 29 ter, secondo comma, lett. a. Per quanto attiene, invece, alle informazioni riguardo rispettivamente a fattori sociali ed in materia di diritti umani, nonché riguardo ai fattori di governance una enumerazione dettagliata figura all'art. 29 ter, secondo comma, lett. b) e c).

la rendicontazione di sostenibilità è prevalentemente improntata ad una valutazione di impatto c.d. inside-out.

Ed è proprio in questa prospettiva che assumono rilievo alcune delle principali innovazioni della Direttiva. Così, in primo luogo, l'introduzione di principi imperativi riguardo alla rendicontazione di sostenibilità preclude alle imprese la discrezionalità nell'impostare i propri rapporti, già derivante dal carattere non vincolante degli orientamenti interpretativi della NFRD pubblicati dalla Commissione nel 2017 e nel 2019, che ha condotto ad una prassi estremamente variegata di bilanci di sostenibilità⁶⁶. I nuovi principi di rendicontazione, integrati con le informazioni specifiche ed i criteri applicativi di cui al Regolamento Tassonomia, costituiscono parametri uniformi o quantomeno armonizzati con quelli elaborati e condivisi da autorevoli istituzioni e da organismi sovranazionali, specificamente richiamati dalla Direttiva⁶⁷. L'intento è quindi di fornire al mercato, agli investitori ed a tutti i soggetti interessati informazioni affidabili e comparabili, in base alle quali effettuare valutazioni e scelte di investimento.

Alla luce di quanto rappresentato, è evidente che la normazione europea è particolarmente rilevante anche in relazione alla elaborazione di rating ESG ed allo sviluppo del relativo mercato.

⁶⁶ Notevoli differenze per dimensioni, fattori, parametri e politiche aziendali emergono, ad esempio, dai bilanci di sostenibilità relativi all'esercizio 2021 pubblicati da alcune società quotate nella borsa di Milano che si evincono dal sito della Consob: <https://www.consob.it/web/area-pubblica/oggetti-che-hanno-pubblicato-la-dnf> tra cui Enel (https://www.enel.com/content/dam/enel-com/documenti/investitori/sostenibilita/2021/bilanciosostenibilita_2021.pdf), Campari Group (https://www.camparigroup.com/sites/default/files/sustainability_documents/Campari_Group_2021_Sustainability_report_new.pdf), OVS (https://wecare.ovscorporate.it/pdf/bilancio-sostenibilita/2021_OVS_bilancio_di_sostenibilita.pdf).

⁶⁷ Sono note come «*Group of Five*» le cinque maggiori organizzazioni di report e rating sostenibile: *Global Reporting Initiative* (GRI), CDP, il *Climate Disclosure Standards Board*, l'*International Integrated Reporting Council* (IIRC), e il *Sustainability Accounting Standards Board* (SASB). Cfr. C. TORNERO, «*Group of Five*» ESG standards bodies launch climate reporting "prototype", in *Responsible Investor*, 2020, disponibile al link: <https://www.responsible-investor.com/group-of-five-esg-standards-bodies-launch-climate-reporting-prototype/> nonché CDP, CDSB, GRI, IIRC E SASB in collaborazione con Impact Management Project, World Economic Forum e Deloitte, *Statement of Intent to Work Together Towards Comprehensive Corporate Reporting Disclosure Insight Action. Summary of alignment discussions among leading sustainability and integrated reporting organisations CDP, CDSB, GRI, IIRC and SASB*, settembre 2020, disponibile al link: https://www.wlrk.com/docs/Statement_of_Intent_to_Work_Together_Towards_Comprehensive_Corporate_Reporting.pdf; E. HAWKER, *Group of Five Urges Adoption of Sustainability Reporting Prototype*, in *ESG Investor*, 2021, disponibile al link: <https://www.esginvestor.net/group-of-five-urges-adoption-of-sustainability-reporting-prototype/>.

In primo luogo, l'adozione della prospettiva di "double materiality" dell'informazione impone ad emittenti ed intermediari di fornire dati, informazioni, piani e strategie aziendali e rendicontazioni che tengano conto di entrambi gli approcci e quindi i providers di dati, benchmark e rating ESG possono, e potranno ancor di più quando la CSRD sarà attuata in tutta l'Unione, accedere ad un patrimonio informativo molto ampio⁶⁸.

Inoltre, l'adozione di standard armonizzati all'interno dell'Unione, e potenzialmente a livello globale per la tendenziale corrispondenza dei parametri europei con quelli di organismi ed istituzioni sovranazionali, offre agli ESG rating e service providers un punto di riferimento sulla base del quale costruire modelli e metriche di valutazione comparativa. Modelli e metriche che potranno essere quindi verificati in base a parametri anche normativamente rilevanti, oltre che autorevolmente proposti da istituzioni scientifiche o organismi di standardizzazione.

Nel quadro globale, anche grazie all'impulso derivante dall'approccio eurounitario, si viene formando un nuovo modello di rendicontazione che intende abbracciare congiuntamente gli intenti della financial e della non financial information.

Nel 2020, infatti, le cinque principali istituzioni globali che operano nella standardizzazione della rendicontazione di sostenibilità (CDP, CDSB, GRI, IIRC e SASB) hanno raggiunto un'intesa in base alla quale hanno avviato una collaborazione stabile per elaborare un modello di "comprehensive Corporate Reporting"⁶⁹. In questo contesto è stato elaborato il nuovo concetto di "dynamic materiality", sulla base del quale s'intende costruire un modello di rendicontazione che tenga conto contestualmente delle esigenze dell'informazione finanziaria, nonché dei profili di impatto dei fattori ESG e della loro natura fortemente dinamica, derivante sia dall'evolversi del contesto sociale ed ambientale sia dal rapido mutamento della sensibilità degli investitori rispetto alle tematiche ESG e delle sue potenziali ricadute sulle performance delle imprese⁷⁰. L'iniziativa ha accolto il sostegno anche

⁶⁸ Il primo Stato ad attuare la CSRD è stata la Francia con l'Ordonnance n. 2023-1142 del 6 dicembre 2023 *relative à la publication et à la certification d'informations en matière de durabilité et aux obligations environnementales, sociales et de gouvernement d'entreprise des sociétés commerciales*. L'Ordonnance è in vigore dal 1 gennaio 2024, ma l'applicazione della nuova disciplina interverrà gradualmente lasciando alle imprese un tempo minimo di adeguamento.

⁶⁹ CDP, CDSB, GRI, IR, SASB, *Statement of Intent to work together towards comprehensive Corporate Reporting*, Settembre 2020, disponibile in <https://sasb.org/wp-content/uploads/2023/01/Statement-of-Intent-to-Work-Together-Towards-Comprehensive-Corporate-Reporting.pdf>.

⁷⁰ TRUEVALUE LABS, *Dynamic Materiality: Measuring what Matters*, January 2020,

di organizzazioni internazionali (quali il World Economic Forum⁷¹, la IOSCO⁷²) ed in questo contesto si colloca la CSRD europea, che si candida a costituire un modello globale di rendicontazione integrata.

Resta, però, da verificare se i rating ESG forniti da providers che operano a livello globale possano adeguarsi a prodotti ed entità che sono retti da discipline fortemente divergenti ed in particolare, come possa essere disciplinata in Europa l'attività dei rating providers statunitensi, che sono incardinati in un sistema che non condivide il principio eurounitario della *double materiality* dell'informazione.

5. Le raccomandazioni della IOSCO e le iniziative in USA sulla regolazione dei rating ESG

L'opportunità di una regolazione dei providers di rating ESG è stata evidenziata a livello internazionale dalla IOSCO in forza di un lavoro di ricognizione del mercato dei fornitori di rating e data ESG, da cui emerge la presenza di circa 160 operatori nel mondo, con caratteristiche diverse sia in relazione alla natura giuridica (enti for profit e non profit) sia soprattutto rispetto ai profili ed ai criteri ESG adottati⁷³. Nella relazione vengono prese in esame le posizioni espresse dalle principali categorie di utilizzatori pubblici e privati, quali banche centrali, istituzioni finanziarie di stato, gestori di fondi pensione, asset e fund managers ed imprese, circa l'utilizzo dei rating ESG e le loro criticità. Sulla base di tale quadro la IOSCO ha tratto una serie di raccomandazioni rivolte sia ai legislatori ed alle autorità nazionali di vigilanza, sia agli operatori, ai providers di dati e rating nonché alle imprese soggette a valutazione ed utilizzatori, volte a rafforzare l'affidabilità dei rating ESG. Si è prospettato in particolare un intervento regolatorio in ordine alla governance dei rating providers, per evitare conflitti di interessi e per assicurare maggiore trasparenza rispetto all'acquisizione ed ai metodi

disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3521035.

⁷¹ WEF, *Toward Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value Creation*, gennaio 2020, disponibile in https://www3.weforum.org/docs/WEF_IBC_ESG_Metrics_Discussion_Paper.pdf.

⁷² IOSCO, *Sustainable Finance and the Role of Securities Regulators and IOSCO*, Aprile 2020, disponibile in <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD652.pdf>.

⁷³ IOSCO, *Final Report on Environmental, Social and Governance (ESG) Rating and Data Products Providers*, novembre 2021, disponibile al link: <https://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD690.pdf>

di valutazione dei dati. Il rapporto offre anche una serie di raccomandazioni in favore degli operatori, affinché possano adottare modelli organizzativi, prassi e standard che contribuiscano ad assecondare le esigenze evidenziate dal mercato ed a contenere le criticità circa l'oscurità o la conflittualità tra metodologie di valutazione nonché i potenziali conflitti di interesse⁷⁴.

Nel contesto statunitense, dove l'attività di rating ESG è stata inizialmente sviluppata e dove hanno sede tuttora gran parte delle imprese che emettono rating ESG, non si registrano allo stato iniziative del Congresso o della SEC volte a regolare tale attività⁷⁵. L'unica iniziativa specificamente rivolta all'attività dei rating providers è stata assunta dal senatore Pat Toomey, componente dell'U.S. Senate Banking Committee, che ha inviato una richiesta a dodici rating providers chiedendo informazione sulle modalità di elaborazione dei rating ESG⁷⁶. L'indagine è stata rivolta in particolare all'accertamento delle modalità di acquisizione dei dati, dei rapporti con le società esaminate, della presenza di esperti in seno ai rating providers, dei criteri di valutazione dei fattori E, S e G e di calibratura dei relativi risultati. L'iniziativa senatoriale si inserisce, però, in un quadro politico-economico in cui i fattori ESG sono ancora guardati con sospetto, tanto da aver indotto ad iniziative regolatorie volte a precluderne la considerazione da parte di fondi pensione, con norme che sono state solo di recente superate⁷⁷.

⁷⁴ In realtà delle dieci raccomandazioni della IOSCO soltanto la prima è esplicitamente rivolta ai legislatori nazionali ed evidenzia l'opportunità di una regolazione dei dati e dei rating ESG e dei loro fornitori, senza ma specificarne i contenuti; le altre nove raccomandazioni sono rivolte per lo più agli stessi fornitori di rating ESG, ma anche alle entità valutate ed agli utilizzatori dei rating. Le raccomandazioni supportano quindi l'adozione di forme di autoregolamentazione degli operatori, ma nel contempo individuano i profili in cui emerge una criticità, implicitamente indicando ai legislatori ed alle autorità di vigilanza gli ambiti che evidenziano un'esigenza regolatoria.

⁷⁵ D. A. BELL, D. DOROSIN, R. C. LEWELLYN, *ESG Reporting for Private Companies*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2023; J. HALPER, D. GRIEVE, T. SHIRIVER, *ESG Ratings: A Call for Greater Transparency and Precision*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 2022; D. F. LARCKER, L. POMORSKI, B. TAYAN, E. M. WATTS, *ESG Ratings: A Compass without Direction*, *ibidem*, agosto 2022, p. 8.

⁷⁶ Press Release, *Toomey Asks ESG Ratings Firms For Info on Scores, Data Collection Practices*, U.S. Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, (Sep. 21, 2022), <https://www.banking.senate.gov/newsroom/minority/toomey-asks-esg-ratings-firms-for-info-on-scores-data-collection-practices>.

⁷⁷ Nel 2020 l'U.S. Department of Labor precluse ai gestori di fondi pensionistici di prendere in considerazione i fattori ESG nelle scelte di investimento o nell'esercizio dei diritti di voto; tali preclusioni sono state soppresse nel novembre 2022 dall'Employee Benefits Security Administration: il comunicato è disponibile in <https://www.dol.gov/newsroom/releases/ebsa/ebsa20221122>

Le prime aperture in ordine ad una positiva valutazione regolatoria dei fattori ESG e delle relative metriche sono emerse in alcuni recenti interventi della SEC.

La SEC è intervenuta, infatti, in via indiretta nel marzo 2022 proponendo nuove rules per obbligare gli emittenti registrati ad integrare il *financial statement* iniziale ed i report periodici con informazioni attinenti ai fattori climatici cui l'azienda è esposta qualora sia ragionevole ritenere che vi sia il rischio di impatto sostanziale sull'attività o sulle attestazioni di carattere finanziario, nonché circa le emissioni di gas ad effetto serra⁷⁸.

Nel maggio dello stesso anno la SEC ha proposto una ulteriore regolamentazione circa gli obblighi di informazione da parte degli asset managers⁷⁹. Rilevata la discrepanza delle valutazioni proposte dagli ESG rating providers, la SEC ha richiesto agli asset managers l'indicazione delle strategie ESG nei prospetti e nei rapporti annuali, ed ha formulato modelli informativi che agevolino la comparazione dei fondi rispetto ai fattori ESG e la conoscenza dei dati circa le emissioni di gas serra.

In entrambi i casi, dunque, l'intervento della SEC, allo stato ancora non perfezionato, è comunque indiretto e mira ad incrementare la trasparenza, la qualità e la comparabilità dei rating ESG, senza regolare i rating providers.

Allo stato dunque negli USA il dibattito scientifico e le iniziative regolatorie in tema di rating ESG non investono gli ESG rating providers, se non in via indiretta. Non sembra infatti che venga attribuito un particolare rilievo allo status giuridico, alle modalità organizzative ed alle procedure operative degli ESG rating providers, mentre una crescente attenzione attirano le metriche ESG, la loro trasparenza e comparabilità, nonché il loro utilizzo da parte di emittenti ed intermediari.

Nel complesso, il punto centrale della problematica è individuato nella affidabilità, trasparenza e comparabilità dei rating ESG: la maggioranza degli studi evidenziano, infatti, che anche tra i maggiori rating providers sussistono profonde differenze nelle fonti dei dati, nelle metriche di valutazione, nei rapporti con le imprese, nelle modalità di presentazione e nelle tempistiche di aggiornamento⁸⁰.

⁷⁸ SEC, Release n. 33-1104 (March 2022), *The Enhancement and Standardization of Climate-Related Disclosures for Investors*.

⁷⁹ SEC, Release n. 33-11068 (May 2022), *Proposed Rule, Enhanced Disclosures by Certain Investment Advisers and Investment Companies about Environmental, Social and Governance Investment Practices*, disponibile in <https://www.sec.gov/rules/proposed/2022/33-11068.pdf> Per i relativi commenti cfr. *Comments on Environmental, Social, and Governance Disclosures for Investment Advisers and Investment Companies, Rel. No. 33-11068*, US SEC <https://www.sec.gov/comments/s7-17-22/s71722.htm#comments>.

⁸⁰ Una chiara esposizione delle criticità dei rating ESG con una comparazione delle

6. La regolazione dei rating providers nella proposta di regolamento europeo

La Commissione Europea ha avviato un'indagine sul tema dei rating di sostenibilità nel 2020, poi conclusa con la pubblicazione nel 2021 di uno *Study on sustainability-related ratings, data and research*, di cui si è già dato conto⁸¹. Sulla scorta delle criticità così emerse la Commissione ha adottato un approccio diverso rispetto a quello statunitense, ritenendo necessaria una regolamentazione dello statuto soggettivo e dell'attività degli ESG rating providers.

La proposta di regolamento sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG) è stata pubblicata nel giugno del 2023 ed è tutt'ora in fase di disamina⁸².

a) Il modello della regolazione del credit rating tra similitudini e peculiarità

Sebbene non esplicitato, è evidente il richiamo al Regolamento (UE) 1060/2009 relativo alle agenzie di rating del credito, quale modello nell'approccio regolatorio sia sul piano istituzionale, sia nel contenuto di molte disposizioni, sull'assunto implicito che simili siano le criticità dei due fenomeni e le conseguenti esigenze normative⁸³. Nell'analisi che segue si evidenzieranno quindi tali somiglianze, rilevando, però, come le peculiarità del rating di sostenibilità, in taluni casi, impongono interventi di diversa natura.

In primo luogo, illuminante è l'assunto economico-giuridico da cui

caratteristiche di cinque tra i maggiori rating providers (MSCI, Refinitiv, Sustainalytics, Reprisk e S&P Global) si legge in Cadwalader, *ESG ratings: A call for Greater Transparency and Precision*, in www.cadwalader.com. Per diversi rilievi nella stessa prospettiva cfr. F. BERG, J.F. KÖLBEL, R. RIGOBON, *Aggregate confusion: The divergence of ESG ratings*, cit.; GIBSON, F. KRUEGER, P. S. SCHMIDT, *ESG Rating Disagreement and Stock Returns*, cit.; A.K. CHATTERJI, R. DURAND, D. I. LEVINE, S. TOUBOU, *Do Ratings of Firms Converge? Implications for Managers, Investors and Strategy Researchers*, cit., p. 1597; E. ESCRIG-OLMEDO, M. A. FERNANDEZ-IZQUIERDO, I. FERRERO-FERRERO, AND J. M. RIVERA LIRIO, *Rating the Raters: Evaluating How ESG Rating Agencies Integrate Sustainability Principles*, cit.; M. SIRI, M. GARGATINI, *Information Intermediaries and Sustainability. ESG ratings and benchmarks in the European Union*, cit., p. 14.

⁸¹ Commissione Europea, “*Study on sustainability-related ratings, data and research*”, cit. Per una sintetica disamina cfr. *supra* par. 1.

⁸² Commissione Europea, COM2023, 314 final del 13.6.2023: proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla trasparenza e sull'integrità delle attività di rating ambientale, sociale e di governance (ESG).

⁸³ Un riferimento al regolamento (CE) n. 1060/2009 si rintraccia nell'art. 2 comma 2 lett. d), ma al solo fine di escludere i credit rating dalla sfera di applicazione del regolamento proposto.

muove la Commissione, secondo cui i rating ESG vengono utilizzati da emittenti, investitori ed altri operatori che vogliono assumere decisioni informate in materia di investimenti sostenibili e pertanto “*svolgono un ruolo abilitante per il corretto funzionamento del mercato della finanza sostenibile dell’Unione*”. In altri termini si attesta che, sebbene non sussistano allo stato norme imperative che prevedano il rating ESG quale presupposto per il collocamento o per l’acquisto sul mercato secondario di titoli relativi ad investimenti sostenibili, di fatto in questa area sempre più rilevante del mercato finanziario gli operatori necessitano di valutazioni indipendenti relative al grado di coerenza degli stessi con i criteri ESG. Tale fattore quindi, traducendosi in un elemento di informazione che gli investitori e gli intermediari mostrano di apprezzare e ritenere di fatto indispensabile, qualifica l’informazione ESG, e di conseguenza anche il rating ESG, come un elemento sostanziale dell’informazione finanziaria.

Da ciò deriva l’esigenza ed il fondamento giuridico per l’introduzione di un’autorizzazione preventiva per lo svolgimento dell’attività di rating provider da parte di un’autorità di vigilanza pubblica, l’ESMA, ed una normativa imperativa tanto sull’attività di elaborazione dei *sustainability rating* quanto sugli operatori che ad essa si dedicano, qualora i rating ESG vengano elaborati per una fruizione pubblica o comunque esterna all’impresa che li ha prodotti⁸⁴.

Il fondamento della normazione imperativa così prospettato nella proposta di regolamento costituisce un’innovazione importante anche rispetto ai regolamenti in tema di credit rating. In tali fonti, infatti, la giustificazione della sottoposizione di un servizio già svolto in regime di libero accesso ad una preventiva autorizzazione, si fondò sulla constatazione dello stesso legislatore europeo, come già di quello statunitense, che il credit

⁸⁴ Sono esclusi dall’applicazione del Regolamento ai sensi dell’art. 2, secondo comma, i rating ESG emessi da istituzioni pubbliche (autorità pubbliche dell’Unione o degli Stati membri, lett. g), i rating ESG prodotti da banche centrali alle condizioni di cui all’art. 2, comma 2, lett. i), quelli non destinati ad essere comunicati al pubblico o alla distribuzione (lett. a), nonché quelli prodotti da imprese finanziarie regolamentate per finalità interne (lett. b). Quest’ultimo caso è particolarmente rilevante, poiché dalle indagini che hanno coinvolto gli operatori del settore è emerso che le imprese finanziarie di maggiori dimensioni producono internamente rating ESG e si avvalgono di rating ESG di terzi per comparazione e verifica; cfr. Commissione Europea, *Study on Sustainability-Related Ratings, Data and Research*, cit., p. 128; IPE, *Which asset managers have the most ESG analyst*, 2019, in <https://ipe.com/chart-of-the-week-which-asset-managers-have-the-most-ESG-analysts/10031569.article>). Tale forma di comparazione e di competizione tra rating ESG contribuisce alla loro analisi critica da parte del mercato e conseguentemente alla loro crescita qualitativa; fenomeno che non è invece frequente rispetto al credit rating.

rating era giuridicamente rilevante per numerose attività finanziarie⁸⁵. La dottrina statunitense qualificò non a caso le agenzie di rating quali titolari di una *regulatory license*, evidenziando come in un numero rilevante di disposizioni normative l'esistenza di un credit rating positivo (c.d. investment grade) costituiva il presupposto necessario per una determinata attività concernente il titolo o l'emittente⁸⁶.

Nel caso in esame, invece, per il momento tale fenomeno non si è verificato⁸⁷ e, tuttavia, si propone comunque l'adozione di un regime di tipo autorizzatorio, che appare in conflitto con i principi della libera espressione di opinioni e della libera prestazione di servizi, attività cui sono comunque riconducibili le attività dei rating providers. Si evidenzia quindi come nel settore finanziario tali servizi di informazione esperta degli investitori costituiscano ormai un elemento di fatto necessario tanto da divenire perciò stesso di rilevanza pubblica e da essere sottoposti ad un regime vincolato e caratterizzato da un controllo pubblicistico.

⁸⁵ L'utilizzo a fini regolatori del credit rating ha costituito uno dei punti di maggiore criticità, specie nella legislazione statunitense. Infatti a partire dagli anni '70 il richiamo a ratings e NRSROs è stato inserito nelle principali fonti legislative statunitensi in materia finanziaria: per alcuni riferimenti cfr. F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets? Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, in *Washington University Law Quarterly*, 1999, 77, pp. 693 ss; F. Coffee; Per ciò che concerne la regolamentazione della SEC, la stessa Commission riferiva al giugno 2008 di 44 riferimenti ai credit ratings (Release n. 34-58070; File n. S7-17-08 – References to ratings of nationally recognised statistical rating organizations in www.sec.gov.) Non da meno era la legislazione europea, come si evince dal considerando 1, in cui si riconosce che gli enti creditizi ed altri operatori del settore finanziario “possono utilizzare i rating come riferimento per il calcolo dei loro requisiti patrimoniali a fini di solvibilità o per il calcolo dei rischi nella loro attività di investimento”, nonché dall'art. 4 del Regolamento (CE) n. 1060/2009, in cui vengono enumerati i numerosi ambiti giuridici in cui possono essere utilizzati a fini regolamentari i rating emessi da agenzie di rating stabilite nell'Unione e registrate conformemente allo stesso regolamento.

⁸⁶ La configurazione del ruolo delle credit agencies quali titolari di una regulatory license fu evidenziato da F. PARTNOY, *The Siskel and Ebert of Financial Markets? Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies*, cit., p. 619 ss.; tale approccio analitico è stato poi ripreso, tra gli altri, in R. SYLLA, *An Historical Primer on the Business of Credit Ratings*, in *Ratings, Rating Agencies and the Global Financial System*, R.M. Levich et al. (eds.), Springer, Boston, 2002, p. 19 ss.; nello stesso volume F. PARTNOY, *The Paradox of Credit Ratings*, p. 65 ss.; L.J. WHITE, *The Credit Rating Industry: An Industrial Organization Analysis*, p. 41; nonché C. HILL, *Regulating the Rating Agencies*, in *Washington University Law Quarterly*, 82, 2004, pp. 43 ss.

⁸⁷ Allo stato non si rinvencono nella legislazione eurounitaria richiami al rating ESG quale presupposto per lo svolgimento di attività finanziarie, ma nella relazione alla proposta di regolamento si prospetta, a titolo di esempio, il possibile utilizzo del rating ESG da parte di emittenti di obbligazioni verdi europee al fine di acquisire dati che possano confluire nella valutazione dei progetti di emissioni (Relazione alla proposta di regolamento, p. 3).

b) Autorizzazione, requisiti e obblighi informativi dei fornitori di rating ESG e vigilanza dell'ESMA

Nei contenuti l'approccio adottato dalla proposta di regolamento è il più incisivo ed oneroso tra quelli alternativi prospettati⁸⁸, ma la scelta è stata giustificata rilevando che tale quadro normativo assicura la migliore tutela per utenti, per i soggetti valutati, per gli stessi rating providers e per il mercato nel suo complesso ed è coerente con il principio di proporzionalità ex art. 5 del Trattato, in quanto si limita ad affrontare le criticità emerse nel mercato in assenza di regolazione.

La soluzione ricalca per molti aspetti quella di cui ai Regolamenti UE in materia di agenzie di credit rating⁸⁹, senza tener conto, però, come si vedrà più oltre, del diverso quadro regolatorio internazionale.

La regolamentazione dei *sustainability rating providers* è incentrata infatti, in primo luogo, sull'obbligatorio rilascio di un'autorizzazione, condizionata alla verifica di requisiti soggettivi ed oggettivi, da parte dell'autorità di vigilanza, cui sono conferiti altresì poteri regolatori, istruttori e sanzionatori. L'autorizzazione può essere rilasciata soltanto a persone giuridiche con sede nell'Unione Europea, da parte dell'autorità di vigilanza previa domanda da presentare all'ESMA, ed implica l'inserimento in un registro pubblico tenuto dalla stessa autorità⁹⁰. Specifiche procedure autorizzative sono previste per

⁸⁸ Alternativamente si era prospettata l'ipotesi di un codice di condotta di settore o di una autorizzazione con vigilanza leggera per regolare i rating providers e l'ipotesi di obblighi minimi di informativa per il pubblico, escludendo obblighi accresciuti per i clienti dei fornitori di rating ESG e per i soggetti valutati; cfr. Relazione alla proposta di Regolamento, pag. 8. I maggiori costi derivanti dall'incremento del personale dell'ESMA (autorità di vigilanza deputata all'autorizzazione dei sustainability rating providers) dovrebbe essere assorbita dal contributo che sarà richiesto agli stessi operatori in vista dell'autorizzazione. A favore di interventi regolatori meno incisivi si è pronunciata parte della dottrina: cfr. I. CHIU, *The EU Sustainable Finance Agenda: Developing Governance for Double Materiality in Sustainability Metrics*, in 23 *European Business Organization Law Review*, 87, 2022, p. 102; M. SIRI, M. GARGATINI, *Information Intermediaries and Sustainability. ESG ratings and benchmarks in the European Union*, cit., p. 26.

⁸⁹ Regolamento (CE) 1060/2009, modificato dal Regolamento (UE) 513/2011 e dal Regolamento (UE) n. 462/2013. Per un'analisi comparata di tale disciplina con quella statunitense si veda J. COFFEE, *Ratings Reform: The Good, The Bad, and the Ugly*, European Corporate Governance Institute Working Paper No. 162/2010, p. 20 e sia consentito rinviare a F. PERNAZZA, *La regolazione delle agenzie di rating in Usa ed in UE: dalla contrapposizione all'equivalenza?* in *Scritti per la costituzione del Dipartimento Giuridico del Molise*, 2012, p. 649 ss.

⁹⁰ Al registro pubblico si debbono iscrivere, oltre ai fornitori di rating ESG con sede nell'UE, anche i fornitori di Paesi terzi riconosciuti dall'ESMA o che beneficino di una decisione di equivalenza dell'ESMA, nonché i fornitori di Paesi terzi i cui rating siano avallati da un fornitore del medesimo gruppo situato nell'Unione.

i rating ESG di fornitori di Paesi terzi, per l'avallo dei rating ESG forniti da un fornitore di rating ESG di un Paese terzo e per il riconoscimento di fornitori di rating ESG di Paesi terzi.

Il nucleo centrale della proposta attiene ai requisiti dell'organizzazione e della governance, alla trasparenza sulle metodologie, sui modelli e sulle principali ipotesi di rating, nonché agli obblighi di indipendenza ed alla prevenzione dei conflitti di interesse.

Rispetto al primo profilo, la proposta di regolamento non impone una struttura interna di governance predefinita, ma individua una serie di principi e obiettivi che l'organizzazione e le modalità procedurali d'azione della persona giuridica che fornisce rating ESG debbono assicurare⁹¹.

Il primo obiettivo, che costituisce la chiave della funzione del rating provider (sia di credit rating sia di ESG rating), è l'indipendenza dei valutatori⁹². Indipendenza che presuppone l'assenza sia di vincoli o influenze esterne nonché di conflitti di interesse interni allo stesso rating provider e tra questi e gli enti valutati⁹³. Quanto alle influenze esterne, il regolamento richiede che i providers non abbiano vincoli di carattere politico o economico che possano condizionarne l'operato. Benché si tratti di un principio largamente diffuso, con ogni probabilità tale requisito sarà oggetto di interpretazioni contrastanti e di contenzioso, considerati anche i ruoli che potranno assumere e le relazioni che potranno stabilire i *sustainability raters*⁹⁴.

⁹¹ Proposta di Regolamento, art. 14. La presenza di una norma che riunisce i principi generali circa i requisiti organizzativi, i processi e i documenti relativi alla governance, non si riscontra nel regolamento sulle CRAs, dove comunque analoghi requisiti circa l'organizzazione, le procedure sono puntualmente esplicitati nell'allegato I relativo all'indipendenza e la prevenzione dei conflitti di interesse.

⁹² L'indipendenza e la prevenzione dei conflitti di interesse sono al centro della normativa delle agenzie di credit rating di cui al Regolamento (CE) 1060/2009, dove trova specifica trattazione nell'art. 6 con riferimento tanto con riferimento all'agenzia di rating quanto ai suoi manager, analisti, dipendenti e fornitori di servizi.

⁹³ Sui conflitti di interessi nelle CRAs, oltre ai contributi di cui alla nota 87, si vedano *ex multis* G. Presti, *Le agenzie di rating: dalla protezione alla regolazione*, in *Jus*, 2009, pp. 65 ss.; R. LENER, M. RESCIGNO, *Agenzie di rating e conflitti di interesse: sintomi e cure*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Il rating. Mito, realtà, narrazioni*, 2012, p. 353; E. GRANATA, *Rating e conflitti di interesse: alla ricerca di soluzioni*, *ibidem*, p. 375 ss.; M. LAMANDINI, *Le agenzie di rating: alcune riflessioni in tema di proprietà e conflitti di interessi*, in *Le agenzie di rating*, A. Principe (a cura di), Giuffrè, Milano, 2014, p. 179; M. MAUGERI, *Assetti proprietari e conflitto di interessi delle agenzie di rating tra "tentazioni" pubblicistiche ed enforcement privatistico*, *ibidem*, p. 261 e la dottrina ivi richiamata.

⁹⁴ Il richiamo all'indipendenza da influenze o vincoli di tipo politico-economico figura anche nel regolamento sul credit rating, nell'allegato I, sez. A, art. 1. Sul carattere proteiforme del

Rispetto ai profili interni, come già per le agenzie di credit rating, si richiede che gli analisti e gli altri soggetti che partecipano alla elaborazione dei rating ESG non ricoprano incarichi commerciali per conto dei providers che li pongano a contatto con le imprese valutate⁹⁵. Gli enti valutatori dovranno, inoltre, strutturare l'organigramma in modo tale che le predette funzioni siano assegnate a soggetti diversi, che tra i relativi dipartimenti siano elevati dei c.d. muri cinesi e che siano organizzate procedure e strutture di compliance e controllo, che assicurino adeguatezza, efficacia, trasparenza, verificabilità e prevenano distorsioni nei processi di elaborazione dei rating⁹⁶.

Un altro aspetto fondamentale della proposta, anche questo comune alla disciplina delle agenzie di credit rating, è il divieto per i providers di svolgere una serie di attività che vengono ritenute suscettibili di creare vincoli o *relazioni* tali da minarne l'indipendenza⁹⁷. Tra queste peculiare e degno di attenzione è il divieto di svolgere attività di credit rating: posto che anche le agenzie di credit rating sono tenute a separare le attività commerciali da quella propriamente tecnica affidata agli analisti, non sembra che tale divieto sia dovuto al rischio che le relazioni instaurate con gli enti valutati possano condizionare la valutazione di sostenibilità. Piuttosto, l'ipotezzato

concetto di indipendenza nella regolazione economico-finanziaria M. CERA, *Indipendenza e revisione contabile nelle società quotate tra forma e sostanza*, in *Analisi giuridica dell'economia. Indipendenza? Dipende...*, vol. 2, G. Meo, G. Presti (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2022 pp. 501 ss.; G. PRESTI, *Noterelle a margine di indipendenza ed esperti nel diritto societario*, in *Analisi giuridica dell'economia. Indipendenza? Dipende...*, vol. 2, G. Meo, G. Presti (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 513 ss., e P. LUCANTONI, *SREP decision e (in) dipendenza nella governance bancaria*, in *Analisi giuridica dell'economia. Indipendenza? Dipende...*, vol. 2, G. Meo, G. Presti (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2022 pp. 533 ss.

⁹⁵ Proposta di Regolamento, art. 16, pienamente corrispondente all'art. 7 del Regolamento (CE) 1060/2009. Gli stessi soggetti sono sottoposti inoltre a divieti e limitazioni rispetto ad operazioni su strumenti finanziari emessi, garantiti o sostenuti dai soggetti valutati, e ad altri rapporti che possano ingenerare conflitti di interessi.

⁹⁶ Proposta di Regolamento art. 14 e seguenti.

⁹⁷ Proposta di Regolamento, art. 15: le attività vietate sono le attività di consulenza a investitori o imprese; l'emissione e la vendita di rating di credito; l'elaborazione di indici di riferimento; l'attività di investimento; l'attività di audit; le attività bancarie, di assicurazione e di riassicurazione. Nel Regolamento sulle agenzie di credit rating il divieto è riferito ai servizi di consulenza dell'entità valutata o a terzi collegati per quanto riguarda la loro struttura societaria o giuridica, il loro attivo e il loro passivo o le loro attività; sono invece consentiti i c.d. "servizi ausiliari" purché non ingenerino conflitti di interesse (Reg. 1060/2009, all. B, art. 4). Tale preclusione si è resa necessaria perché le CRAs hanno utilizzato la forza contrattuale derivante dalla rilevanza dei credit rating per accedere a condizioni vantaggiose alla fornitura di consulenze e servizi alle entità valutate.

divieto sembra voler creare categorie distinte di valutatori specializzati, evitando quindi che la credibilità, il prestigio ed il rilievo economico delle agenzie di credit rating le pongano in una condizione di favore rispetto alle concorrenti tale da consentire loro di espandere l'attività al nuovo mercato dei rating ESG. D'altro canto, le interazioni tra i due tipi di valutazioni, ed in particolare la ricaduta delle valutazioni dei fattori ESG sul credit rating, prospettano evidenti sinergie tali da consentire risparmio di costi, che la soluzione proposta rende impossibile⁹⁸.

Inoltre, tale divieto si pone in contrasto con la nuova concezione integrata della rendicontazione finanziaria e non finanziaria ed i più recenti sviluppi del concetto di "*material information*" nonché con l'evoluzione in atto nel mercato dei servizi di rating ESG. In effetti, come si è già segnalato, lo studio della Commissione europea del 2021 ha evidenziato che tra i maggiori provider di rating ESG a livello globale figurano alcune società che sono state acquistate recentemente dai più grandi operatori, per lo più statunitensi del credit rating (Sustainalytics acquistato da MorningStar; Vigeo Eiris acquistato da Moody's; RobecoSAM acquistato da S&P Global)⁹⁹. È evidente quindi l'interesse delle CRAs ad espandere la loro attività anche nel settore in forte crescita dei servizi connessi alle valutazioni ESG (raccolta dati, elaborazione di benchmark e di rating), che ha indotto parte della dottrina a preconizzare l'accentramento anche di questa attività in capo alle CRAs¹⁰⁰.

È prevedibile, perciò, che tale disposizione della proposta di Regolamento sarà oggetto di forte resistenza da parte della CRAs e ciò potrà costituire un serio ostacolo alla tempestiva approvazione del regolamento.

⁹⁸ Non è chiaro, però, se sia vietato anche che la società che fornisce rating di sostenibilità sia controllata da una società o inserita in un gruppo in cui figurino società che svolgano attività incompatibili; d'altronde, diversamente opinando, il divieto sarebbe facilmente aggirabile ed avrebbe il mero scopo di una ripartizione delle attività ai fini amministrativi e regolatori.

⁹⁹ V. *supra* nota 16 e per un quadro del mercato globale dei rating ESG, Commissione europea, *Study on sustainability-related ratings, data and research*, cit., p. 7 e ss.; KPMG, *Sustainable Investing: Fast-Forwarding Its Evolution*, febbraio 2020, p. 45 disponibile in <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2020/02/sustainable-investing.pdf>

¹⁰⁰ Cfr. D. CASH, *Sustainability Credit Agencies vs Credit Rating Agencies*, Palgrave-Macmillan, London, 2021, pp. 69 ss. Per contrastare tale paventato fenomeno la proposta di Regolamento, oltre al citato divieto, prevede anche norme di favore per i rating providers di minori dimensioni, consentendo all'ESMA di esentarli da alcuni obblighi di governance (art. 20). Occorre tuttavia rilevare che tali misure volte ad agevolare operatori di dimensioni minori sono presenti anche nel Regolamento sulla CRAs (art. 6, comma 3), ma non sembra che abbiano condotto ad un sensibile mutamento della struttura del mercato.

Rispetto al contenuto ed alle metodologie di elaborazione dei rating ESG la proposta di Regolamento procede dal principio per cui né l'ESMA né la Commissione né le autorità pubbliche degli Stati membri sono legittimati ad "interferire". Si registra pertanto la rinuncia del legislatore europeo a determinare o anche soltanto ad indirizzare gli operatori circa il merito dei rating ESG, presumibilmente sull'assunto che la relativa novità del servizio e la rapida evoluzione nelle tecniche di selezione, acquisizione e gestione dei dati renda inopportuno predefinire specifiche scelte, in quanto ciò potrebbe tradursi in una sclerotizzazione di un'attività ancora non matura.

D'altronde, tra i principi generali di cui all'art. 14 della proposta figura quello per cui i fornitori di rating ESG debbono avvalersi di "metodologie rigorose, sistematiche, obiettive e convalidabili e le debbono applicare costantemente" e le predette metodologie debbono essere descritte nell'allegato alla domanda di registrazione (all. I, lett. g) e pubblicate sul proprio sito web del rating provider unitamente ai modelli ed alle principali ipotesi che utilizzano nella loro attività di rating (art. 21).

E' stato così proposto il modello di controllo sulle metodologie di valutazione di cui al regolamento sul credit rating, che esclude, almeno formalmente, una valutazione di merito, ma che impone nel contempo uno standard elevato, suscettibile quindi di ingenerare responsabilità di caso di mancato rispetto, ed un obbligo di trasparenza e pubblicità, consentendo quindi sia alle autorità di vigilanza sia ai potenziali fruitori di avere gli elementi per valutare la congruità e la validità dei criteri utilizzati¹⁰¹.

Occorre chiedersi però se, considerate le diversità tra credit rating e rating ESG, sia corretto e ed adeguato mutuare lo stesso approccio regolatorio impostato principalmente sulla trasparenza.

Occorre considerare anche che la proposta di regolamento adotta nell'art. 3, come già ampiamente illustrato, una definizione particolarmente ampia della nozione di rating ESG, che abbraccia attività svolte secondo metodologie e finalità differenti. Anche prescindendo dalle peculiarità metodologiche dei rating consistenti in punteggi ottenuti utilizzando modelli statistici o algoritmi, senza contributi sostanziali di un analista,

¹⁰¹ Regolamento (CE) 1060/2009, art. 8 che prescrive alle agenzie di rating del credito di utilizzare "metodologie di rating rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida sulla base dell'esperienza storica, inclusi test retrospettivi", di assicurare che i rating siano basati su un'analisi accurata di tutte le informazioni disponibili e rilevanti e di comunicare al pubblico le metodologie, i modelli e le ipotesi principali utilizzati. Per un'analisi comparata di tale disciplina con quella statunitense sia consentito rinviare a F. PERNAZZA, *La regolazione delle agenzie di rating in Usa ed in UE: dalla contrapposizione all'equivalenza?* cit., p. 667.

è evidente che, a differenza dei credit rating, i rating ESG possono essere elaborati secondo approcci, criteri e metriche estremamente variegati. Basti considerare infatti che i rating di sostenibilità sono elaborati dai providers sulla base di criteri e parametri non correlati, o non correlati esclusivamente, ai valori emergenti da informazioni rese dalle entità valutate in virtù di normative imperative. Di fatto, allo stato, ciascun provider utilizza dati di diversa provenienza ed elabora rating di sostenibilità rispetto a parametri e secondo procedimenti e criteri di propria scelta¹⁰². Inoltre, a differenza di quanto accaduto, ormai oltre un secolo fa, per i credit rating non sembra prospettarsi nel breve termine una “spontanea convergenza” verso scale e parametri comuni o equipollenti¹⁰³. Ciò dipende, innanzitutto, dalla numerosità e complessità dei fattori ESG, specie di quelli ambientali, nonché dai diversi approcci alla valutazione¹⁰⁴.

Premesso che la diversità tra parametri di valutazione è legittima e costituisce un arricchimento del patrimonio informativo/valutativo che viene messo a disposizione del mercato e dei potenziali utilizzatori, è evidente però che, specialmente se i *rating* dovessero assumere un rilievo regolatorio o costituire il presupposto per la valutazione della condotta di chi se ne avvale, la loro eterogeneità, la variabilità dei criteri che incorporano e delle modalità con cui le informazioni ed i dati rilevanti sono acquisiti e vagliati, costituirebbero un serio limite per la loro utilizzabilità; essi piuttosto che uno strumento per orientare razionalmente gli investimenti, diverrebbero di fatto un ulteriore elemento attraverso il quale potrebbe manifestarsi il fenomeno del “*greenwashing*” o meglio potrebbe maturarsi una rappresentazione non trasparente dell’impatto ambientale e sociale delle attività imprenditoriali.

Al fine di evitare o ridurre tali rischi non sembra possibile confidare negli effetti della concorrenza tra *rating providers*, poiché, se da un lato

¹⁰² Prevalgono i rating connessi a parametri ambientali, ma anche questi sono sensibilmente diversi l’uno dall’altro: cfr. Commissione Europea, *Study on Sustainability-Related Ratings, Data and Research*, novembre 2020, p. 60.

¹⁰³ La presenza di rating ESG efficienti è stata considerata un supporto importante per la identificazione e la parametrizzazione dei rischi e quindi per una corretta utilizzazione delle risorse finanziarie, ma la presenza di indicazioni contraddittorie da parte di diversi raters può indurre pregiudizievole elementi di incertezza cfr. A. AOUADI, L. MA, *Signal or Noise: Machine Learning to Help (Dis)entangle ESG Ratings*, cit. e F. BERG, J.F. KÖLBEL, R. RIGOBON, *Aggregate confusion: The divergence of ESG ratings*, in *MIT Sloan School Working Paper 5822-19*, Agosto 2019, nonché gli ulteriori studi su cui *supra* alla nota 81.

¹⁰⁴ Si consideri, in primo luogo, la differenza tra l’approccio basato sulla *financial materiality* dei fattori ambientali e quello incentrato sulla valutazione dell’impatto ambientale delle attività di impresa. Sul punto v. *supra* nota 25.

essa comporta – ed in effetti ha già in parte comportato – un processo di concentrazione attraverso acquisizioni e fusioni ad opera degli operatori più strutturati, ciò non comporta necessariamente un allineamento dei criteri e dei metodi di valutazione. La concentrazione dell'attività in capo ad un numero più limitato di operatori implica, invece, che questi ultimi siano chiamati a valutare una quantità crescente di emittenti e di prodotti finanziari e quindi ad adottare tecniche semplificate, standardizzate e possibilmente automatizzate di attribuzione dei *rating*¹⁰⁵.

Considerate tali peculiari caratteristiche dei rating ESG, la proposta della Commissione non muta approccio rispetto alla regolazione dei credit rating, ma integra gli obblighi informativi con alcuni profili propri dei rating ESG. Infatti tra le informazioni che debbono essere pubblicate sul sito web del rating provider sono inclusi gli obiettivi del rating distinguendo quelli riferiti ai rischi, agli impatti o ad altri profili, l'indicazione se le metodologie siano basate o meno su prove scientifiche, l'indicazione se si tratta di rating aggregati per i fattori E, S e G o per singoli fattori e, nel primo caso, del metodo di pesatura dei tre fattori, nonché, rispetto ai singoli fattori, degli elementi presi in considerazione e della loro corrispondenza agli standard europei sulla rendicontazione di sostenibilità¹⁰⁶. La trasparenza così assicurata appare necessaria e benefica poiché agevolerà un processo di imitazione ed osmosi, e quindi ragionevolmente una promozione delle tecniche più trasparenti, affidabili ed efficaci per le imprese valutate e per gli operatori del mercato, con progressivo abbandono delle altre.

Vi è da chiedersi, tuttavia, se tale approccio sia sufficiente a superare le criticità proprie dei rating ESG.

In primo luogo, sorprende l'obbligo di indicazione se le metodologie siano o meno basate su prove scientifiche, che appare logicamente in contrasto con il principio generale di cui all'art. 14, per cui i rating ESG debbono utilizzare “*metodologie rigorose, sistematiche, obiettive e convalidabili*”. Tale principio sembrerebbe escludere, infatti, l'utilizzo di metodologie che non

¹⁰⁵ Il numero dei prodotti finanziari esaminati da parte dei maggiori operatori del settore è tale da rendere evidente la necessità di procedimenti standardizzati. Basti considerare i dati emergenti dalla ricerca commissionata dalla Commissione Europea, *Study on sustainability-related Ratings, Data and Research*, novembre 2020, pp. 34 ss.: Bloomberg, 11700 emittenti di 102 Stati; CDP, 8400 emittenti; FTSE Russell, 7.200 emittenti di 42 Stati; ISS, oltre 5000 emittenti; MSCI, 8500 emittenti e 680.000 prodotti; Refinitiv, 9000 emittenti; Rep Risk, 160.000 emittenti pubblici e privati; S&P, 7300 emittenti; Morningstar, 11000 emittenti; Moody's, oltre 5000 emittenti.

¹⁰⁶ Proposta di regolamento, Allegato III, lett. c), d), e), f), g).

siano scientificamente convalidate, mentre l'indicazione di cui all'allegato III, lett. c) implicitamente le consente. Tenendo presente ovviamente la difficoltà di disporre di metodi scientificamente convalidati per alcuni tipi di valutazioni ESG, le due disposizioni dovrebbero essere coordinate nel senso che l'obbligo di informazione sulla validazione scientifica non consente l'utilizzo di metodologie prive di alcuna validazione, ma intende imporre l'illustrazione della natura e dell'affidabilità della stessa¹⁰⁷.

Non meno complesso è il tema della compresenza di rating del rischio dei fattori ESG e di rating sull'impatto ambientale e sociale delle attività economiche. Attesa la numerosità dei rating ESG e la complessità delle rispettive metodologie, la pubblicazione sul sito del provider di tutte le informazioni sopra evidenziate, ivi inclusa quella concernente la distinzione tra rating di rischio e rating di impatto, potrebbe non offrire sufficiente evidenza di tale profilo rispetto all'investitore retail ed al consumatore.

Occorrerebbe valutare, quindi, l'opportunità di imporre che i rating ESG vengano diffusi con due qualificazioni diverse (ad esempio, rating di rischio ESG e rating di impatto ESG)¹⁰⁸, fermo restando il richiamo all'informativa specifica sulle metodologie attraverso il sito del provider. Ciò renderebbe molto più agevole un utilizzo trasparente dei rating ESG anche da parte di intermediari ed operatori finanziari, che costruiscono ed offrono sul mercato prodotti finanziari qualificati come sostenibili.

c) Rating ESG ed intelligenza artificiale

Un altro profilo di grande rilevanza connesso alle metodologie per l'elaborazione di rating ESG attiene all'utilizzo di modelli statistici, di algoritmi e di strumenti di intelligenza artificiale.

Nell'ampia definizione di rating ESG di cui all'art. 3 della proposta

¹⁰⁷ La novità e la peculiarità delle metodologie utilizzate nella valutazione dei fattori ESG e la difficoltà della loro validazione scientifica è attestata dallo stesso allegato III laddove riferisce che le metodologie possono essere sia backward-looking sia forward-looking (lett. a)

¹⁰⁸ Una valutazione positiva della proposta di regolamento, che sottolinea tuttavia l'opportunità di fornire soprattutto agli investitori meno avvertiti una chiara evidenziazione di quale dimensione della c.d. double materiality (financial and/or impact materiality), è proposta dall'associazione B Lab Europe, nel position paper *ESG Rating Proposal: B Lab Europe support more stringent disclosure requirement for ESG rating products, asking to explicitly disclose whether they consider the effects of business activities on the people and the planet*, disponibile in <https://bcorp.imagerelay.com/share/182adf11a7d1431fabbdcbcc746f433a>. Il position paper evidenzia come tale approccio sarebbe coerente con quello di cui alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22.3.2023 (COM(2023) 166 final) sulle asserzioni ambientali, volto specificamente ad evitare un utilizzo ingannevole di asserzioni ambientali ed il greenwashing.

di regolamento è inclusa anche l'ipotesi di rating ESG costituiti da un "punteggio" ovvero da *"una misura derivata da dati, utilizzando una metodologia fondata su norme, e basata unicamente su un sistema o modello statistico o algoritmico predefinito, senza ulteriori contributi analitici sostanziali da parte di un analista"*. Tale fattispecie di rating ESG, usualmente qualificata come ESG scoring, non trova una specifica regolazione nella proposta, ma viene richiamata nell'allegato III relativo alle informazioni circa le metodologie che debbono essere pubblicate nel sito web del rating provider, precisando che attraverso tale mezzo occorre, ove del caso, riferire l'utilizzo di intelligenza artificiale nella raccolta di dati o nella loro elaborazione ai fini dell'attribuzione di un rating o di uno scoring. Due sono quindi le modalità ipotizzate nell'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale: il primo incentrato nella raccolta e nella selezione dei dati; il secondo relativo alla loro elaborazione per ottenere un punteggio/score. Logicamente è possibile che strumenti di intelligenza artificiale o di machine learning sia utilizzati disgiuntamente o congiuntamente per tali funzioni. Nel primo caso i dati selezionati da software o altri strumenti telematici sono poi sottoposti ad analisti per l'elaborazione del rating ovvero le informazioni e i dati acquisiti attraverso strumenti tradizionali (bilanci, rendicontazioni di sostenibilità, rapporti scientifici ed economici, etc.) sono inseriti nel sistema algoritmico per l'elaborazione di uno scoring. Nel secondo caso il processo è integralmente rimesso a strumenti telematici che raccolgono e selezionano i dati ed elaborano lo scoring.

Nella prassi strumenti di intelligenza artificiale sono da tempo utilizzati per l'elaborazione di *credit scoring* di imprese e persone fisiche, con risultati statisticamente positivi, ma evidenziando anche gravi rischi di discriminazioni e di pregiudizio per categorie deboli¹⁰⁹. Di recente, strumenti di intelligenza artificiale e machine learning sono stati applicati anche nel campo della valutazione dei fattori ESG e per l'elaborazione di ESG scoring¹¹⁰. Anzi proprio la particolare ampiezza dei dati, la numerosità

¹⁰⁹ E. BONACCORSI DI PATTI *et al.*, *Intelligenza artificiale nel credit scoring: analisi di alcune esperienze nel sistema finanziario italiano*, in *Questioni di Economie e Finanza* (occasional paper), Banca d'Italia, ottobre 2022; A. FUSTER, P. GOLDSMITH-PINKHAM, T. RAMADORAI, A. WALTHER, *Predictably unequal? The Effects of Machine Learning on Credit Markets*, in *Journal of Finance* 77(2), 2021; R. B. AVERY, K.P. BREVOORT, G. CANNER, *Does Credit Scoring Produce a Disparate Impact?* in *Finance and Economics Discussion Series Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs Federal Reserve Board*, 2012, pp. 65-114.

¹¹⁰ Tra i ESG rating providers che utilizzano da più tempo software e strumenti algoritmici figurano Sustainalytics, MSCI, Bloomberg, cfr. D. CASH, *Sustainability Rating Agencies vs Credit Rating Agencies. The Battle to Serve the Mainstream Investor*, cit., p. 40 ss. Tra gli operatori europei si caratterizza per tale approccio tra gli altri Modefinance, cfr. <https://>

delle fonti, la complessità della loro parametrizzazione in questo ambito hanno reso tali strumenti particolarmente utili e di largo impiego, sollevando nel contempo nuove criticità¹¹¹.

Per tali aspetti, di crescente rilevanza operativa, la proposta di regolamento appare laconica.

È evidente, da un lato, che molte disposizioni della proposta di regolamento attinenti alla governance dei rating providers, agli analisti, ai conflitti di interesse con l'utilizzo di strumenti telematici perdono di significato, in quanto i processi o parte degli stessi non sono più affidati ad esseri umani. D'altra parte, il semplice obbligo di comunicare al pubblico l'utilizzo di tali strumenti, senza alcuna specifica indicazione sulle modalità di funzionamento dei processi telematici, è chiaramente insufficiente per garantirne l'affidabilità. Manca qualsiasi riferimento ai criteri di utilizzo degli strumenti telematici, ai controlli sulla selezione dei dati e sui potenziali pregiudizi e discriminazioni che potrebbero derivare, ad esempio, dalla collocazione geografica delle imprese valutate.

Di fatto, la proposta di regolamento non affronta la complessa tematica della regolazione dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito degli ESG scoring, lasciando quindi che trovi applicazione, ove sussistente, la regolazione generale in materia.

La regolazione dell'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale è, però, come noto, un tema di grande complessità e vede l'Unione Europea, gli Stati Uniti, la Cina ed altri Paesi in una fase diversa di elaborazione della normativa¹¹².

www.modefinance.com/it

¹¹¹ L'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale, specie se accompagnati con processi di machine learning, pone nuove problematiche regolatorie in tutti i settori; nell'ambito delle valutazioni ESG le questioni più rilevanti attengono alle modalità di acquisizione dei dati ed alla trasparenza dei criteri di elaborazione: cfr. A. LANZA, E. BERNARDINI, I. FAIELLA, *Mind the gap! Machine learning, ESG metrics and sustainable investment*, in *Questioni di Economie e Finanza* (occasional paper), Banca d'Italia, No 561, giugno 2020, cit., p. 13.

¹¹² In Cina e negli Stati Uniti sono stati approvate nel 2023 norme di carattere regolamentare che si limitano ad alcune affermazioni di principio ed a programmare ulteriori interventi legislativi: in Cina è stato emanato il decreto del 10 luglio 2023 intitolato *"Misure provvisorie per la gestione dei servizi di intelligenza artificiale generativa"*; negli Usa il 30 ottobre 2023 il Presidente Biden ha emanato un *"Executive order on safe, Secure and Trustworthy Artificial Intelligence"*. Molto più articolata è la disciplina di cui alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale), presentata dalla Commissione europea il 21 aprile 2021 (COM(2021) 206 final), sulla quale, all'esito di una lunga fase di discussione e revisione interistituzionale, è intervenuto un accordo del Parlamento e del Consiglio nel dicembre 2023, che dovrebbe condurre all'approvazione

Ciò pone un problema particolarmente rilevante in tutti i casi, ormai numerosi e che saranno sempre più frequenti, di rating ESG elaborati con strumenti di intelligenza artificiale da rating provider soggetti al diritto statunitense.

d) La regolazione dei fornitori di rating ESG non europei

Sul punto occorre mettere in luce un ulteriore tema affrontato dalla proposta di regolamento costituito dal rilievo da attribuire ai rating ESG elaborati da operatori non europei.

Anche per questo profilo la proposta di regolamento segue il modello del regolamento sulle agenzie di credit rating, prevedendo una serie di meccanismi per consentire l'utilizzo di rating ESG elaborati anche da provider non europei, purché gli stessi si assoggettino alle regole eurounitarie o a sistemi di regole e di vigilanza equivalenti. Tre sono le fattispecie regolate a tal fine: la decisione di equivalenza, l'avallo ed il riconoscimento.

La decisione di equivalenza presuppone l'inserimento del fornitore nel registro tenuto dall'ESMA, previa verifica che la Commissione abbia adottato una decisione di esecuzione che attesti che il quadro giuridico e la prassi di vigilanza vigenti nel Paese ove è stato autorizzato o registrato il fornitore siano equivalenti con quelli europei e sia stato sottoscritto un accordo di cooperazione tra le rispettive autorità di vigilanza che consentano lo scambio di informazioni, la notifica di violazioni ed il coordinamento delle attività di vigilanza¹¹³. L'avallo consiste nell'autorizzazione dell'ESMA ad un fornitore europeo all'utilizzo di rating ESG di un provider non europeo e presuppone che l'avallante sia in grado di dimostrare che essi soddisfano requisiti almeno equivalenti a quelli europei e fornisca all'ESMA tutte le informazioni necessarie per consentire la verifica continuativa che il fornitore extraeuropeo rispetti il regolamento, nonché, se quest'ultimo è soggetto a vigilanza, che esista un accordo di cooperazione tra l'autorità di vigilanza competente e l'ESMA¹¹⁴. All'ESMA è riconosciuta la possibilità di considerare equipollente al rispetto del regolamento l'adeguamento del fornitore alle raccomandazioni IOSCO.

Infine, l'ESMA può accogliere la domanda di riconoscimento dei fornitori di rating ESG di Paesi terzi di minori dimensioni¹¹⁵, se si conformano ai

nei primi mesi del 2024.

¹¹³ Proposta di regolamento, art. 9.

¹¹⁴ Proposta di regolamento, art. 10.

¹¹⁵ La soglia è fissata dall'art. 11, comma 1 della proposta di regolamento a 12 milioni di fatturato netto per tre anni consecutivi.

requisiti del regolamento o quantomeno applichino le raccomandazioni della IOSCO, nei limiti in cui tale condotta sia considerata equivalente al rispetto del regolamento. Il riconoscimento è negato qualora in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative del Paese terzo l'ESMA non possa espletare le proprie funzioni di vigilanza sul fornitore¹¹⁶.

La proposta di meccanismi analoghi a quelli previsti nel regolamento (CE) 1060/2009¹¹⁷ è logica, vista la similitudine nell'approccio regolatorio, ma prescinde da una diversa condizione di fatto. Mentre una regolazione ed una vigilanza equivalenti delle CRAs sono state introdotte, a seguito dei noti scandali Enron e Lehman Brothers, pressoché contestualmente negli Stati Uniti e in Europa e, sotto l'egida della IOSCO, tale modello si è diffuso negli altri principali mercati finanziari, rispetto ai rating ESG allo stato persiste un approccio che, come si è messo in luce, resta profondamente diverso. In particolare negli Stati Uniti non è stata introdotta una regolazione imperativa circa l'informazione non finanziaria ed il rating ESG e non si attribuisce alla trasparenza e all'affidabilità dei rating ESG un rilievo tale da giustificare una regolazione imperativa ed una vigilanza dei providers.

In presenza di tale difformità, per non dire contrapposizione, tra i due principali sistemi finanziari dei prodotti ESG, la proposta di regolazione europea rischia di perdere di efficacia, se non verrà assecondata da parte delle autorità e degli operatori statunitensi. Infatti, in assenza di iniziative legislative negli USA sulla rendicontazione non finanziaria e sulla regolazione dei fornitori di rating ESG il meccanismo della decisione di equivalenza appare precluso, mentre le ipotesi dell'avallo e del riconoscimento potrebbero trovare applicazione soltanto se i providers statunitensi fossero disponibili ad assoggettarsi alle regole europee o quanto meno alle raccomandazioni IOSCO e la legislazioni statunitense o la SEC non creassero ostacoli all'esercizio della vigilanza da parte dell'ESMA. A ciò si aggiungerà a breve anche l'ulteriore gap normativo correlato all'utilizzo dell'intelligenza artificiale, nei limiti in cui il regolamento europeo inciderà anche nel settore del rating ESG.

Nel complesso la proposta di Regolamento elaborata dalla Commissione Europea costituisce un tassello importante del quadro regolatorio volto a sostenere la promozione delle attività economiche e degli investimenti coerenti con i criteri ESG. La sua valutazione complessiva, tuttavia, richiede qualche considerazione ulteriore circa il suo coordinamento con alcuni

¹¹⁶ Proposta di regolamento, art. 11.

¹¹⁷ I meccanismi dell'avallo e della certificazione di equivalenza sono rispettivamente disciplinati nell'art. 4 e nell'art. 5 del regolamento n. 1060/2009

recenti sviluppi della regolazione europea e dei principali sistemi finanziari internazionali

7. La regolazione globale dei rating ESG: Babele o Brussel effect?

La proposta di regolamento sulla trasparenza e sull'integrità dell'attività di rating ESG è sicuramente un'iniziativa opportuna, ma le sue prospettive concrete d'implementazione debbono essere valutate nel quadro della regolazione europea sugli investimenti sostenibili e sulla rendicontazione di sostenibilità ed alla luce dell'evoluzione della omologa regolazione dei principali mercati finanziari internazionali ed *in primis* di quelli statunitensi.

Una correlazione essenziale sussiste con la CSRD, che, come visto, ha introdotto in Europa obblighi informativi sui profili ESG per gran parte delle società quotate e delle grandi imprese. Con la progressiva implementazione della direttiva le imprese dovranno fornire, unitamente alla rendicontazione finanziaria, dati, informazioni e previsioni secondo principi e criteri uniformi e tali elementi saranno assoggettati ad un controllo progressivamente più stringente, inizialmente consistente in una c.d. certificazione limitata o "*limited assurance*" per poi passare ad una certificazione "*reasonable*" o "*reasonable assurance*".

Ciò consentirà quindi sia ai provider di dati e benchmark sia ai provider di rating di sostenibilità di disporre di un patrimonio informativo più ricco, più coerente ed omogeneo e nel tempo più affidabile, in quanto soggetto a controllo interno¹¹⁸. È prevedibile, quindi, che i rating di sostenibilità delle imprese soggette alla CSRD ed al Regolamento Tassonomia acquisiranno un grado superiore di omogeneità ed affidabilità.

Occorre, però, considerare almeno tre fattori di criticità.

In primo luogo, il *rating* è una valutazione parametrica che consente di esaminare diversi fattori sulla base di criteri predefiniti, con l'effetto non soltanto di avere valutazioni quantitative regolate, ma anche di comparare le stesse e di fornire indicazioni di preferibilità. Se, come è logico, i rating ESG continueranno ad investire anche imprese non soggette al Regolamento Tassonomia e alla CSRD, in quanto sotto soglia o perché non sottoposte alla normativa europea, l'affidabilità delle valutazioni comparative ne risulterà

¹¹⁸ Tra le informazioni oggetto di necessaria pubblicazione figurano anche i dati di cui all'art. 8 del Regolamento Tassonomia e le modalità di calcolo del fatturato, delle spese in conto capitale e delle spese operative relative ad attività economiche considerate ecosostenibili dal Regolamento Delegato (UE) 2021/2178 della Commissione del 6 luglio 2021.

compromessa, perché basata su dati diversi e di diversa affidabilità, senza che necessariamente ciò emerga dalla semplice comparazione dei rating.

In secondo luogo, come già rilevato, il regolamento nella versione proposta dalla Commissione consentirà la pubblicazione e l'utilizzo indiscriminato di rating di rischio e di rating di impatto, lasciando a chi intende avvalersene l'onere di individuare attraverso il sito web del rating provider di evidenziarne le caratteristiche. Sebbene rispetto ai rating ESG, a differenza dei credit rating, l'utilizzazione impone comunque una maggiore attenzione ai fattori presi in considerazione, sarebbe auspicabile una agevole distinguibilità tra i rating di queste due diverse categorie, possibilmente anche attraverso la denominazione o l'utilizzo di acronimi condivisi o predefiniti normativamente. Fintanto che rating ESG con diverso obiettivo saranno utilizzati promiscuamente il rischio che gli investitori meno avvertiti non comprendano il loro effettivo significato e non riescano a compararli efficacemente resterà elevato.

In terzo luogo, l'ambito dei rating ESG per le motivazioni già rappresentate costituisce un settore elettivo per l'utilizzo di strumenti intelligenza artificiale e machine learning¹¹⁹. La proposta di regolamento, però, non affronta questo sviluppo fondamentale, se non laddove include nella definizione di rating ESG, e quindi nella sua sfera di applicazione, i rating/scoring prodotti mediante sistemi o modelli statistici e algoritmi, e nella disciplina degli obblighi informativi, laddove impone la pubblicazione dell'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale nella raccolta dei dati o nella elaborazione dei rating o scoring. Non vi è dunque una disciplina specifica dell'utilizzo di tali strumenti, ma si rinvia implicitamente alla regolamentazione applicabile ai provider, con l'effetto che, in presenza di regole difformi per questi ultimi, si prospettano due possibili scenari: o i rating/scoring ESG elaborati con strumenti di intelligenza artificiale in base a regole diverse da quelle europee non saranno utilizzabili in Europa, ed in tal caso, gli operatori che intendano operare sul mercato finanziario europeo dovranno presumibilmente adeguarsi volontariamente; ovvero anche tali rating/scoring saranno comunque utilizzabili, con l'effetto che saranno presenti sullo stesso mercato rating/scoring ESG elaborati in base a strumenti differentemente regolati, con un ulteriore rischio di indicazioni contraddittorie¹²⁰.

¹¹⁹ Le diverse prospettive di impiego dell'intelligenza artificiale come strumento di governo sostenibile delle imprese e per lo sviluppo della c.d. finanza sostenibile sono illustrate da N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2021, specie a pp. 246 e ss. e pp. 260 e ss.

¹²⁰ L'intelligenza artificiale è stata presentata come un possibile strumento per chiarire il

Infine, nella proposta di regolamento manca una disciplina della responsabilità civile dei fornitori di rating ESG. In realtà, il tema della responsabilità dei rating providers è stato tra i più complessi anche nella regolazione delle CRAs e difficoltà anche maggiori sono prevedibili in relazione ai rating ESG. Infatti, la natura non economico-finanziaria dei criteri di attribuzione dei rating ESG comporta che l'eventuale erroneità delle valutazioni non sempre si traduca in un danno economicamente quantificabile¹²¹. Pertanto, la prospettiva di azioni risarcitorie connesse all'emissione di rating ESG non corretti, appare oggettivamente remota e dovrebbe fondarsi su un danno non patrimoniale e conseguentemente è poco credibile un effetto dissuasivo rispetto a condotte inadeguate dei rating provider¹²². Pertanto è fondata la scelta di cui alla proposta di regolamento di incentrare i meccanismi di reazione a fronte di condotte pregiudizievoli sui poteri sanzionatori delle autorità di vigilanza.

In conclusione da tale quadro emerge un'esigenza di intervento normativo finanche più pressante di quello che ha condotto alla regolazione delle agenzie di credit rating.

Un primo piano di intervento, già in parte realizzato nell'Unione Europea, consiste nella regolazione degli obblighi sull'informazione ESG ed in particolare, per i profili di ecosostenibilità da parte degli emittenti. Tale tipo di intervento regolatorio crea un parametro di riferimento, un benchmark, che, pur non risultando esaustivo, implica di fatto che anche eventuali ulteriori criteri o metodi di valutazione debbano con esso confrontarsi. In tal senso appare significativa l'iniziativa della Security and Exchange Commission statunitense, che ha proposto un'integrazione dei financial statement e dei report periodici relativi ai titoli registrati incentrata proprio sul rischio connesso ai fattori ambientali e sulle emissioni di gas ad

valore degli ESG Ratings, cfr. A. AOUADI, L. MA, *Signal or Noise: Machine Learning to Help (Dis)entangle ESG Ratings*, cit.; ma non può escludersi anche un effetto opposto di incremento dell'incertezza, soprattutto se non sono condivise le modalità di acquisizione dei dati e di carente trasparenza sui meccanismi di elaborazione cfr. A. LANZA, I. FAIELLA, *Mind the gap! Machine learning, ESG metrics and sustainable investment*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, Banca d'Italia, No 561, giugno 2020, cit., p. 13.

¹²¹ Potrebbe verificarsi, ad esempio, che prodotti finanziari correlati con attività erroneamente rappresentate come ecosostenibili, risultino più redditizi di altri effettivamente correlati ad attività ecosostenibili.

¹²² Analogamente è ragionevole ipotizzare che il conflitto tra opzioni di investimento sostenibili ed opzioni più redditizie in imprese che non praticano politiche di sostenibilità possa indurre gli investitori professionali a preferire la seconda opzione, senza che gli investitori finali ne siano consapevoli: cfr. F. DENOZZA, *Sostenibilità e corporate governance: dagli investitori agli stakeholder*, in *Riv. società*, 2023, p. 312.

effetto serra¹²³.

Sotto altro profilo la Commissione Europea è tra le prime istituzioni che hanno assunto un'iniziativa in linea con le raccomandazioni IOSCO, per la regolazione dei provider di rating di sostenibilità sia in ordine alle caratteristiche soggettive, sia rispetto alle modalità di svolgimento delle attività¹²⁴.

Il regolamento proposto, come già rappresentato, investe molti dei profili più critici dell'attività e consentirebbe, una volta implementato, di assicurare l'adeguatezza organizzativa dei fornitori, la professionalità e l'indipendenza degli analisti, la prevenzione dei conflitti di interessi, nonché la trasparenza delle metodologie ed un controllo pubblicistico sia nell'accesso all'attività sia in itinere.

La proposta si inserisce, tuttavia, in un contesto sensibilmente difforme dagli auspici della Commissione. Infatti, la prospettiva della separazione delle attività, tra cui anche quelle di rating ESG, di credit rating e di elaborazione di indici di riferimento, contrasta con una tendenziale concentrazione del mercato in capo a gruppi di operatori polifunzionali, con il conseguente accrescersi del rischio di conflitti di interessi. D'altro canto, la mancata previsione di un controllo di merito sulle metodologie di elaborazione, lascia spazio ad una compresenza di rating ESG assai diversi e difficilmente comparabili. Gli obblighi di trasparenza, soprattutto in considerazione dell'uso crescente di tecniche di elaborazione automatizzata sulla base di software e strumenti di intelligenza artificiale, appaiono insufficienti per consentire agli investitori, soprattutto del settore retail, di comparare i

¹²³ Security and Exchange Commission, *The Enhancement and Standardization of Climate-related Disclosure for Investors*, disponibile in <https://www.sec.gov/files/rules/proposed/2022/33-11042.pdf>.

¹²⁴ Il modello dell'autorizzazione da parte di un'autorità pubblica è stato introdotto in India, dove la Securities and Exchange Board nel 2023 ha modificato il proprio Regolamento sulle Credit Rating Agencies del 1999 introducendo una regolamentazione delle agenzie di ESG rating disponibile in https://www.sebi.gov.in/legal/regulations/jul-2023/securities-and-exchange-board-of-india-credit-rating-agencies-amendment-regulations-2023_73451.html e S.K. G. SHOUVIR KUMAR GUHA, P. SOURAV, *Evaluating India's Regulatory Regime for ESG Rating Agencies*, in *Indiacorplaw*, 6 settembre 2023, disponibile in <https://indiacorplaw.in/2023/09/evaluating-indias-regulatory-regime-for-esg-rating-agencies.htm>. Altri hanno optato invece per diverse forme di regolazione come i codici di condotta elaborati dall'autorità di vigilanza del mercato finanziario: si veda, ad esempio, Japan Financial Services Authority, *Code of Conduct for ESG Evaluation and Data Providers*, 2022, disponibile in <https://www.fsa.go.jp/news/r4/singi/20221215/02.pdf>; anche la Financial Conduct Authority inglese ha annunciato nel novembre 2022 di aver avviato l'elaborazione di un *Code of Conduct for Environmental Social and Governance (ESG) data and rating providers* seguendo le raccomandazioni IOSCO: <https://www.fca.org.uk/news/news-stories/code-conduct-esg-data-and-ratings-providers>

diversi criteri e processi e quindi il valore finale del rating.

È quindi ragionevole prevedere che, specialmente se il rating ESG dovesse essere integrato nella regolazione di attività o di operatori del mercato finanziario¹²⁵, sarà necessario introdurre requisiti soggettivi e di merito sullo svolgimento dell'attività anche più rigorosi di quelli di cui alla proposta di regolamento.

Certo è, infine, che un elemento essenziale della proposta consiste nel coordinamento della regolazione europea con quella dei Paesi terzi, tale da consentire l'affermazione di un rapporto di equivalenza tra le legislazioni ovvero di avviare procedimenti di riconoscimento o avallo rispetto agli operatori extraeuropei¹²⁶.

Potrà misurarsi in questo ambito il c.d. *Brussel Effect*¹²⁷, ovvero la capacità dell'Unione Europea, in virtù del proprio peso politico-economico e dell'autorevolezza istituzionale, di introdurre principi e sistemi di regolazione che costituiscano un modello di rilevanza globale, con il conseguente allineamento da parte di altri sistemi giuridici o comunque con l'assunzione dello stesso come parametro di riferimento.

¹²⁵ Sulle problematiche generali derivanti dalla utilizzazione di rating, ranking, indicatori ed altre metriche quale strumento di regolazione si vedano M. BUSSANI, S. CASSESE, M. INFANTINO, *Comparative Legal Metrics. Quantification of Performances as Regulatory Technique*, Brill Nijoff, Leiden-Boston, 2023; M. INFANTINO, *Numera et Impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Franco Angeli Editore, Milano, 2019; S. ENGLE MERRY, K. E. DAVIS, B. KINGSBURY (eds.), *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and Rule of Law*, CUP, 2015; K. E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY, S. ENGLE MERRY (eds.), *Governance by Indicators. Global Power through Quantification and Ranking*, OUP, 2012.

¹²⁶ Il coordinamento sarà presumibilmente agevole con i Paesi, come l'India, che hanno introdotto una regolamentazione basata sul modello dell'autorizzazione da parte di un'autorità pubblica. Il rapporto sarà invece più complesso con i providers ESG di Paesi, come il Giappone, Hong Kong, Corea del Sud, Singapore e il Regno Unito, che prevedono diverse forme di regolazione, come guidelines o codici di condotta elaborati dalle rispettive autorità di vigilanza del mercato finanziario. Negli altri casi, inclusi allo stato anche gli USA, dove non esiste una regolamentazione riconducibile al modello IOSCO, il coordinamento appare difficile; in tali casi, tuttavia, l'attività degli ESG rating providers potrebbe trovare una forma autoregolamentazione attraverso l'adesione volontaria a codici di condotta elaborati da organizzazioni internazionali quali l'International Capital Market Association (ICMA), che ha elaborato il *Code of Conduct for Ratings and Data Products Providers*, disponibile in <https://www.icmagroup.org/assets/DRWG-Code-of-Conduct-for-ESG-Ratings-and-Data-Products-Providers-v3.pdf>

¹²⁷ A. BRADFORD, *The Brussel Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020 e ID, *The Brussels Effect*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 107, No. 1, 2012, e *Columbia Law and Economics Working Paper*, No. 533 in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2770634>.

ABSTRACT

In recent years, the exponential growth of investments in ESG-compliant financial products has led to the development of related services, among which ESG rating/scoring is of central importance. In US financial regulation, ESG profiles are relevant insofar as they have a financial materiality, while in Europe, regulations have been introduced that also require information on the ESG impact of underlying assets. To counteract Greenwashing or Socialwashing phenomena, the European Union has drawn up a regulatory framework, most recently including, in addition to the Taxonomy Regulation and CSRD, the proposed regulation on ESG rating providers. The proposal is logically inspired by the credit rating regulations in many respects, including prior authorisation, technical and organisational requirements, prohibition of conflicts of interest, and supervision by a public authority. However, in the absence of global harmonisation and especially with the legal system of the US, where the majority of ESG rating providers are based, it appears problematic to borrow from the credit rating regulations the mechanisms for recognising ESG ratings formed abroad. The alternative therefore appears to be between the dissemination of the European model (the so-called Brussels Effect) and the principles developed by IOSCO and a regulatory Babel, in which ESG rating, instead of providing reliable information, risks confusing investors.

KEYWORDS: Rating ESG; Financial Materiality/Double Materiality of Information; Greenwashing; Proposal of Regulation; Credit Rating Model; Brussel Effect.

Yulia Razmetaeva*

Private Algorithms, Public Consequences

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Secrecy and opacity – 3. Private actors acquire public power – 4. Paradigm shifting – 5. Algorithmization of public decision-making – 6. Conclusions.

1. *Introduction*

Ubiquitous algorithms, those called ‘smart’, ‘intelligent’ or ‘artificial intelligence’, have been blurring the already vague boundaries between the private and the public even further. The development of algorithms entails further intrusion in the private sphere of life and causes significant changes in the public realm in more or less obvious ways. Legal implications of blurring the boundaries between private and public sectors include paradigmatic changes of such terms as private life, private sphere, public person, public space, etc.

The blur results in a phenomenon when the private sector is gradually shifting towards the public one, which is starting to bear visible consequences for public interests, such as, for instance the replacement of democratic procedures by algorithmic decision-taking and the resulting doubts about their legitimacy¹. AI technologies, which are used in public

* Visiting researcher, Department of Law, Uppsala University, 20 Trädgårdsgatan, 753 09, Uppsala, Sweden; Department of Human Rights and Legal Methodology, Yaroslav Mudryi National Law University, 77 Pushkinska street, 61024, Kharkiv, Ukraine. Mail: yulia.razmetaeva@jur.uu.se. This work was partially supported by the Wallenberg AI, Autonomous Systems and Software Program – Humanities and Society (WASP-HS) funded by the Marianne and Marcus Wallenberg Foundation and the Marcus and Amalia Wallenberg Foundation.

¹ See L. BECKMAN, J. HULTIN ROSENBERG, K. JEBARI, *Artificial Intelligence and Democratic Legitimacy. The Problem of Publicity in Public Authority*, in «AI & Society: Knowledge, Culture and Communication», 2022, [<https://doi.org/10.1007/s00146-022-01493-0>]; Y. RAZMETAeva, *Opinions and Algorithms: Trust, Neutrality and Legitimacy*, in «Filosofiya prava i zahal'na teoriya prava», 1, 2022, pp. 80–94, [<https://doi.org/10.21564/2707-7039.1.275638>]; P. D. KÖNIG, G. WENZELBURGER, *Between technochauwinism and human-*

sector decision-making, and which contain private algorithms, affect transparency and accountability, and ultimately impact the credibility and legitimacy of governments.

Taking into account the fact that monopolistic market power is destabilizing democratic processes, and the power corporations have in the market can be transformed into political power², the concentration of power in the hands of private actors who develop and promote AI solutions should cause serious concerns. Regardless of the number of attempts to limit the power of companies, especially large technology corporations, which seem already to go far beyond of what should be protected by the principles of the free market, some of the consequences of their technological weaponry are underestimated. These underestimated effects are analyzed in this paper.

This paper will mostly consider 'private' in the sense of what belongs to the private sector and 'public' in the sense of what belongs to the public sector. The term 'private algorithm' can be understood as an algorithm which is fully or to a considerable degree developed and/or owned by private sector actors. In most cases the developers and owners are private companies, so the merging of private and public concepts coupled with the growing digital power of the companies brings about serious problems indeed: the companies are acquiring what can be called the 'public-private power'. This endangers justice, human rights and democracy as such.

2. *Secrecy and opacity*

One of the serious reasons for concern that private algorithms lead to negative consequences for the values fundamental for democratic societies is the secrecy of artificial intelligence technologies. In many jurisdictions, private actors who own algorithms refuse to disclose how certain technologies work. This in itself might be under legal protection, but the protection afforded to trade secrets can undermine justice, rule of

centrism: Can algorithms improve decision-making in democratic politics?, in «European Political Science», 21, 2022, pp. 132–149, [<https://doi.org/10.1057/s41304-020-00298-3>]; S. GRIMMELIKHUIJSEN, A. MEIJER, *Legitimacy of Algorithmic Decision-Making: Six Threats and the Need for a Calibrated Institutional Response*, in «Perspectives on Public Management and Governance», 5(3), 2022, pp. 232–242, [<https://doi.org/10.1093/ppmgov/gvac008>].

²L. ZINGALES, *Towards a Political Theory of the Firm*, in «Journal of Economic Perspectives», 31(3), 2017, p. 114.

law and human rights when the consequences are decisions that have a significant impact on the rights of individuals or public interests. In other words, secrecy as a layer of algorithmic obscurity and opacity is not always a problem, but only when non-disclosure of information about how the technology works leads (or there are reasonable grounds to fear that it will lead) to serious negative consequences for peoples and societies.

If we turn to examples, secrecy is a problem, first of all, when it comes to risk assessment algorithms used in courts, public agencies responsible for the distribution of social benefits and payments, tax agencies and banking institutions. Several landmark court cases illustrate that sort of secrecy that has or may have consequences for fundamental values and rights. For example, in the case “State of Wisconsin v. Loomis”³ the judge’s verdict coincided with the conclusions given by an obscure algorithm. It was impossible to understand the motivation behind the algorithm’s conclusions, the underlying estimates and calculations remained unclear to the plaintiff, and the algorithm evaluated such indicators as race and gender in an inexplicable way. Therefore, the question of violation of the right to a fair trial and the right to non-discrimination arose. In addition, the company which developed the AI tool refused to reveal the secret of how this tool works when it calculates risks and makes recommendations about the measure that the court should apply to the accused person. Although the appellate court did not find a violation of the rights of a person against whom a decision was made using an algorithmic risk assessment tool, this case fueled the debate about the use of such tools in courts.

In the case of “NJCM et al. v. The Dutch State”⁴ The Hague District Court ruled that the Dutch legislation that allows the use of certain algorithmic tools is not compatible with the requirements of the right to privacy, i.e. with Article 8 of the European Convention on Human Rights. Among other things, this case raised questions about a fair balance between the rights of individuals and public interests, as well as about the special responsibility of the state when applying and introducing new technologies. Although this case involved a government algorithm and not a private one, it is illustrative for the problem of algorithm opacity. It contains, besides, some convincing arguments in favor of disclosing the risk models and indicators used in AI solutions.

The recent decision of the Court of Justice of the European Union in

³ State v Loomis, 881 N.W. 2d 749 (2016).

⁴ NJCM et al. v The Dutch State (2020), The Hague District Court ECLI: NL: RBDHA:2020:1878 (SyRI).

the case of “SCHUFA Holding (Scoring)”⁵ established a stricter framework for the use of AI in automated individual decisions. In fact, this decision confirmed that in certain cases the use of AI is not compatible with the right to not be subject to a decision based solely on automated processing. The Court ruled that the automated establishment, by a credit information agency, of a probability value based on personal data relating to a person and concerning his or her ability to meet payment commitments in the future constitutes “automated individual decision-making”. It is applicable where a third party, to which that probability value is transmitted, draws strongly on that probability value to establish, implement or terminate a contractual relationship with that person. Thus, the use of AI is not compatible with the rights of person when this usage was an individual automated processing and makes a significant impact on individuals.

It should be said that attempts to avoid the negative consequences of algorithms’ secrecy by using open source or state-developed or state-owned algorithms seem rather utopian, given the state of AI and the technology market. Algorithms, besides, are overtaking realms whose status as public or private is yet to be defined, such as social media or digital work environments. Private actors, developers and owners of algorithms, bring technological solutions to the market, including offering them for public institutions, incredibly quickly and without taking into account long-term risks.

Another layer of algorithmic opacity stems from AIs non-transparency, difficulty in understanding how they work without specific technical expertise or “opacity as technical illiteracy”⁶, and general inexplicability. In other words, it could be difficult to understand how AI models operate and how decisions are taken by them⁷, and sometimes there is no explanation at all why they produce certain outcomes. For example, there is a well-known problem with the lack of explanations of the results that deep neural networks often show. Despite the fact that there is “a straightforwardly mathematical sense in which deep neural networks are fully transparent”, they are largely semantically unintelligible, so it is not possible to understand or comprehend how their parts interact and contribute to

⁵ Judgment of the Court (First Chamber) of 7 December 2023 SCHUFA Holding (Scoring), Case C-634/21, ECLI:EU:C:2023:220.

⁶ J. BURRELL, *How the Machine ‘Thinks’: Understanding Opacity in Machine Learning Algorithms*, in «Big Data & Society», 3(1), 2016, [<https://doi.org/10.1177/2053951715622512>].

⁷ R. STEFAN, G. CARUTASU, *Explainable Machine Learning for Ethical Artificial Intelligence Based Decisions*, in «Journal of Information Systems & Operations Management», 14(1), 2020, p. 151.

the network's outputs⁸. This is what Florian J. Boge calls “deep learning predicament”⁹ and what, under certain conditions, “creates the possibility of unprecedented gaps between discovery and understanding”¹⁰.

Thus, some algorithms are inherently obscure, making the task of understanding their underlying principles almost unattainable even for their developers. When trade secrets protection is added on top of this, the resulting ‘double black boxes’ should make it virtually impossible to fathom out the logic behind their decisions.

Opacity, which is often understood as an inherent element or a property of AIs¹¹, makes it extremely difficult to properly prevent or find errors, biases and prejudices hidden in algorithms. These lurking deficiencies in the AI technologies may affect hundreds of public decisions and thousands of people about whom they are made.

It seems that the deepening of AIs biases and prejudices occurs for the following reasons, together or separately: (1) algorithms are introduced without sufficient control over how they are created and tested, (2) algorithms learn from discriminatory practices without context sensitivity, (3) algorithms fail to take into account an extremely wide range of human characteristics. In the first case, AI systems may repeat the biases of their creators, whether intentionally or not. In the second case, an array of data for previous years and centuries, even if this data is properly cleaned, will show those prejudices concerning race, nationality, ethnicity, etc., which today would be discriminatory from a human's point of view, but which an algorithm is likely to recognize as a pattern and repeat it. In the third case, cutting off atypical individual traits and combinations of circumstances is possible due to the limits of complexity of the algorithm. Therefore, we cannot say that such algorithms are really good at making predictions or supporting decisions, since their premises are wrong, nor can we say that these are exactly the kind of results we need, since they do not seem to contribute to fair and convincing decisions in the public sector. Moreover,

⁸ E. DUEDE, *Deep Learning Opacity in Scientific Discovery*, in «Philosophy of Science», 90(5), 2023, p.1091.

⁹ F.J. BOGE, *Two Dimensions of Opacity and the Deep Learning Predicament*, in «Minds & Machines», 32, 2022, p. 44.

¹⁰ Ivi, p. 70.

¹¹ See J. BRASSE, H. R. BRODER, M. FÖRSTER, et al., *Explainable Artificial Intelligence in Information Systems: A Review of the Status Quo and Future Research Directions*, in «Journal of Information Systems & Operations Management», 33(26), 2023, [<https://doi.org/10.1007/s12525-023-00644-5>]; N. BERENTE, B. GU, J. RECKER, R. SANTHANAM, *Managing artificial intelligence*, in «MIS Quarterly», 45(3), 2021, pp.1433–1450, [<https://doi.org/10.25300/MISQ/2021/16274>].

AI systems do not seem to meet the fundamental principles and values, requirements of the protection of human rights, the rule of law and democracy, and, contrary to some of these demands, they help private actors gain more and more power.

3. *Private actors acquire public power*

Companies, being considered largely as private actors in different legal systems, are playing today the main role “in AI research, development, and deployment”¹². Such private actors as big tech companies are already become powerful actors in the public sector while avoiding public responsibility¹³. The development and deployment of new technological tools by private actors only reinforces this power, especially when it comes to highly beneficial algorithmic technologies.

Since AI systems are “designed to serve existing dominant interests”, AI itself is “a registry of power”¹⁴. While being unquestionably helpful for processing large amounts of data, algorithms make institutions dependent on the developer companies in almost every sphere of public service: in public decision-making, in transportation services, in solving immigration issues and refugee problems – and the list goes on. Private actors who own certain high-tech tools are successfully using them to control democratic processes¹⁵, as well as dictating the society’s agenda, using the dependence on their AI products and influence on public opinion they make.

The dependence manifests itself in a range of situations and deepens due to the tendency to purchase ready-made technological solutions by public institutions from private actors. AI solutions, as were discussed

¹² P. CIHON, J. SCHUETT, S. D. BAUM, *Corporate Governance of Artificial Intelligence in the Public Interest*, in «Information», 2021, 12 (7), p. 275, [<https://doi.org/10.3390/info12070275>].

¹³ S. L. SHAELOU, Y. RAZMETAeva, *Challenges to Fundamental Human Rights in the age of Artificial Intelligence Systems: shaping the digital legal order while upholding Rule of Law principles and European values*, in «ERA Forum», 2024, [<https://doi.org/10.1007/s12027-023-00777-2>].

¹⁴ K. CRAWFORD, *The Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, Yale University Press, New Heaven 2021, p. 8.

¹⁵ A. ZAVRŠNIK, Ž. KLOBASA, *Automation, Knowledge, and Power: How Does Automation Change Social Control and the Balance of Power?*, in Završnik, A., Badalič, V. (eds) *Automating Crime Prevention, Surveillance, and Military Operations*, Springer, Cham 2021, [https://doi.org/10.1007/978-3-030-73276-9_1].

above, are difficult to check for any hidden (or embedded) risks and biases. At the same time, the use of artificial intelligence in public services, administration and the public sector as such is growing¹⁶.

The governments thus might find themselves one day between the hammer and the hard place: they cannot take a backwards step and deny progress by refusing to deploy IT technologies, on the one hand, but, on the other, cannot control their quality and hidden risks. First, this happens due to the rocketing of AI's development. While the governments are working on evaluation standards, the technology will have changed so significantly that the benchmarks will not be applicable anymore.

Second, the uncontrollability of algorithms is partly due to the enormous number of those who are engaged in their development and promotion. In other words, when millions of people are involved in the development process, this multiplies the probability of critical errors manifold and makes it virtually impossible to control the development process.

Third, private actors artificially stimulate the race for new algorithms in an attempt to preserve the advantages they have gained or may gain. With the overwhelming competition, developer companies tend to take risks to stay ahead of rivals, which further aggravates the issue. Experimental technologies emerge and become embedded in the existing ones, making the resulting products also overwhelmingly complex, and hence – even riskier.

Finally, the degree of risk already created by artificial intelligence technologies is extremely high considering the long-term and poorly predictable consequences for people and societies. Remarkably, the perception of risks posed by AI is very different from that of, say, the risks of nuclear energy. Since the dawn of AI development its potential risks had been hugely underestimated, until we have recently reached a point where these risks have become obvious, but it's probably too late to turn back and start eliminating the threats at the root: firstly, algorithms have already been deployed in many areas of life, being deeply grown into them, and, secondly, lots of new AI solutions are built upon the previous ones (which might inherently contain or not essential threats).

¹⁶ See C. VAN NOORDT, L. TANGI, *The Dynamics of AI Capability and its Influence on Public Value Creation of AI Within Public Administration*, in «Government Information Quarterly», 40(4), 2023, p. 101860, [<https://doi.org/10.1016/j.giq.2023.101860>]; P. HENMAN, *Improving Public Services Using Artificial Intelligence: Possibilities, Pitfalls, Governance*, in «Asia Pacific Journal of Public Administration», 42(4), 2020, pp. 209–221, [<https://doi.org/10.1080/23276665.2020.1816188>]; T. S. GESK, M. LEYER, *Artificial Intelligence in Public Services: When and Why Citizens Accept its Usage*, in «Government Information Quarterly», 39(3), 2022, 101704, [<https://doi.org/10.1016/j.giq.2022.101704>].

With the help of technologies, the power is gradually flowing away from the hands of traditional public institutions, to which we have entrusted this power under certain conditions, to the owners of AI technologies, which are mostly not accountable in the same way as public institutions. The concentration of power in a few hands of private actors can create an even greater gap between communities and countries, and between those who have access to advanced technologies and those who do not.

In accordance with the UN Secretary-General's AI Advisory Body the principles that should guide the formation of new global AI governance institutions include that AI must be governed in the public interests. Among other, it means that this governing should go beyond "do no harm", and a broader accountability framework for companies and other organizations that build, deploy and control AI should be defined¹⁷. Despite the prominent move towards broader accountability for private actors there is a problem of paradigm shifting which is not as widely discussed as issues of how algorithms should be governed.

4. *Paradigm shifting*

Being driven by companies, technologies acquire a certain perspective, and algorithms become 'business-minded', while neglecting values and rights. When owners of algorithms successfully sell us goods and services by skillfully managing our preferences, it can already be seen as an invasion of privacy and infringement of other rights. But worse still, those same companies may use the same marketing approaches for selling us opinions and promoting political beliefs, and this is much more serious an issue as selling techniques come to substitute public discussion and debate, in order to encourage us to take a certain political stance as a result of successful sales rather than thoughtful pondering.

The higher the speed of progress – the tougher the competition, the more acute the dilemma: values and rights or benefits and profits? In particular, while companies declare their adherence to human rights principles, the same companies are actively lobbying new legislation beneficial for their financial interests in the first place. For instance,

¹⁷ *Interim Report: Governing AI for Humanity*, The UN Secretary-General's AI Advisory Body. December 2023. [https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/ai_advisory_body_interim_report.pdf] (last visited 19/01/2024).

Google and Microsoft were willing to exclude AI based on large linguistic models from the list of high-risk AIs¹⁸. Sometimes such lobbying policies disclose the major discrepancy between what private actors declare and the actions they take in reality, knowing that it might cause serious negative consequences but being blinded by potential profits. Sometimes private actors affect values and rights without businesses even intending to cause serious negative consequences. Nothing intentional, just reckless.

The strategy on artificial intelligence for Europe aimed at ensuring that AI is human-centric and trustworthy¹⁹. The European Commission emphasizes that the focus on the person remains uncompromising in its recently adopted strategic vision to foster the development and use of AI systems²⁰. The Commission, besides, outlined that the European approach to AI means a focus on AI that is trustworthy, reliable and accessible and works for people, respecting fundamental rights, democracy and security, reflecting EU values and trusted by business and consumers²¹. However, artificial intelligence does not (yet) exist on its own, and cannot act as an independent self-aware agent that could be held responsible. Therefore, it's not the algorithms that are or might be trustworthy, but their creators and promoters. In cases where AI is wholly or partly owned by private actors, it is worth pondering about who it is exactly that we trust when we trust algorithms, and whether they are trustworthy indeed.

When caused intentionally or not, two implications of the deploying and using algorithms can be particularly crucial to peoples and societies. First, it is the transfer of methods and models from the natural and formal sciences to the social sphere without taking into account the peculiarities

¹⁸ *The Lobbying Ghost in the Machine. Big Tech's covert defanging of Europe's AI Act*, Report. Corporate Europe Observatory. February 2023, Brussels. [<https://corporateeurope.org/sites/default/files/2023-03/The%20Lobbying%20Ghost%20in%20the%20Machine.pdf>] (last visited 22/12/2023).

¹⁹ *Artificial Intelligence for Europe*, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2018) 237 final, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN>] (last visited 20/01/2024).

²⁰ *Artificial Intelligence in the European Commission (AI@EC). A strategic vision to foster the development and use of lawful, safe and trustworthy Artificial Intelligence systems in the European Commission*, Communication to the Commission, COM (2024) 380 final.

²¹ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on n boosting startups and innovation in trustworthy artificial intelligence*, COM(2024) 28 final, [<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-boosting-startups-and-innovation-trustworthy-artificial-intelligence>] (last visited 26/01/2024).

of the latter. This develops within the trends towards technocentricity, rationality and efficiency, which seem to follow the trend of “social-shaping”²² technologies. Second, it is the growing trust in algorithms and the habit of relying on them for decision making. If we return to the Wisconsin Supreme Court’s reasoning in the Loomis case not to recognize the violation of right to fair trial, it was partially based on the reason that the algorithm did not make but only recommended the judge to make a specific decision regarding the person. It is worth noting here that while judges can still make final decisions by accepting or rejecting algorithmic scores and prompts, it is becoming increasingly difficult to ignore them. Even using these tools as an additional support for decision making changes people’s perceptions. Therefore, people may develop the habit of over-relying on algorithms in order to make decisions.

As Sebastian Rosengrün argues, AI (or the companies who control it) promotes and monetizes different aspects of democracy, while societies have been shifting from the “rule of law” towards a “rule of code”²³. This transition well illustrates how strongly, albeit imperceptibly, the paradigm has shifted under the influence of technologies. Moreover, new technologies, such AI, might be perceived as more trustworthy than, for instance, new ideologies since algorithms are part of science-based and even scientism worldviews. Awe-inspiring technologies tend to be perceived as something in the same row as the hadron collider, three-story mathematical formulas and space flights. They tend to be perceived also as something from the future of humanity, developed, powerful and highly intelligent, something that meets the expectations formed by a layer of fantastic books and films. All of this can add trust and reliability to algorithms in subtle ways in the eyes of people.

²² See more about autonomous and social-shaping tendencies of technology: A. DAFOE, *On Technological Determinism: A Typology, Scope Conditions, and a Mechanism*, in «Science, Technology, & Human Values», 40(6), 2015, pp. 1047–1076, [<https://doi.org/10.1177/0162243915579283>].

²³ S. ROSENGRÜN, *Why AI is a Threat to the Rule of Law*, in «Digital Society», 1(10), 2022, [<https://doi.org/10.1007/s44206-022-00011-5>].

5. *Algorithmization of public decision-making*

Today, as Sylvia Lu writes, “algorithms are becoming a primary source of decision-making power”²⁴. Integrating algorithms into decision-making processes became a logical consequence of automation as such. The impressive accuracy of some models and incredible predictive capabilities contributed to the rapid implementation of AI for decision support and even replacement of human beings with algorithms in some chunks of decision-making processes.

Algorithmic decision-making could bring significant advantages that are based on the fact that they can work continuously and unemotionally while processing huge amounts of data at an incredible speed. However, algorithmic decision-making can lead to inferior, impermissible and illegitimate decisions; the latter refer to such decisions in which the process of reaching an answer is as important as the answer itself²⁵. As Bram Vaassen rightly points out: “Our ability to shape our lives according to our plans and desires and to pursue our goals through deliberate actions, i.e., our ability to be autonomous agents, is severely undermined when we are denied information about what factors into life-changing decisions”²⁶. The opacity of the process and uncertainty about the validity of the decisions made as a result should be perceived as a serious obstacle to the proper and reasonable coexistence of people and algorithms. When this is combined with the shortcomings of private algorithms, the negative consequences of their deployment for the rights of individuals and the values on which we build societies will be amplified.

Remarkably, that in itself the deployment of AI in decision-making tends to be perceived as legitimate already. Many researchers are more focused on trying to optimize the cooperation of people and algorithms in this rather than questioning the very existence of AI in some areas, including public decision-making. For example, issues are actively discussed include

²⁴ S. LU, *Algorithmic Opacity, Private Accountability, and Corporate Social Disclosure in the Age of Artificial Intelligence*, in «Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law», 23(1), 2021, p. 102.

²⁵ S. CHESTERMAN, *Through a Glass, Darkly: Artificial Intelligence and the Problem of Opacity*, in «The American Journal of Comparative Law», 69(2), 2021, pp. 271–294, [<https://doi.org/10.1093/ajcl/avab012>].

²⁶ B. VAASSEN, *Opacity, and Personal Autonomy*, in «Philosophy & Technology», 35(88), 2022, [<https://doi.org/10.1007/s13347-022-00577-5>].

the problems of how to build fair²⁷ and ethical algorithms²⁸, methods of combining people and machines for modes of decision making to optimally benefit from such a union²⁹, ways of reducing how people overrely on the AI³⁰. It seems that it would be advisable to return to the roots of the algorithmization of public decision-making and reassess whether it is really necessary to rely on algorithms there.

AI systems, especially increasingly sophisticated diagnostics systems and systems supporting human decisions should be reliable and accurate; it should involve assessing the severity of the harm that an AI can cause³¹. Trying to keep algorithms reliable and accountable and applying a risk-oriented approach, one should not forget that it is, first of all, those who develop, implement and promote them should be accountable and reliable. These are primarily private actors behind the scenes of AI systems that do not yet act as separate agents from these actors in the legal or moral field. At the same time, one can observe a tendency to gradually endow algorithms with agency, or at least obscure the responsibility of their developers and owners. Many of the private algorithms (and their developers and owners) in public decision-making are less accountable due to the problems with opacity, responsibility and controllability, or are being perceived as less accountable, while the moral responsibility for the negative consequences of their use falls largely on public institutions.

²⁷ S. FEUERRIEGEL, M. DOLATA, G. SCHWABE, *Fair AI*, in «Business & Information Systems Engineering», 62, 2020, pp. 379–384, [<https://doi.org/10.1007/s12599-020-00650-3>].

²⁸ S. BANKINS, *The Ethical Use of Artificial Intelligence in Human Resource Management: a Decision-making Framework*, in «Ethics and Information Technology», 23, 2021, pp. 841–854, [<https://doi.org/10.1007/s10676-021-09619-6>].

²⁹ Y. R. SHRESTHA, S. M. BEN-MENAHM, G. VON KROGH, *Organizational Decision-Making Structures in the Age of Artificial Intelligence*, in «California Management Review», 61(4), 2019, pp. 66–83, [<https://doi.org/10.1177/0008125619862257>].

³⁰ Z. BUĆINCA, M. B. MALAYA, K. Z. GAJOS, *To Trust or to Think: Cognitive Forcing Functions Can Reduce Overreliance on AI in AI-assisted Decision-making*, in «Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction», 5, CSCW1, 2021, p. 188, [<https://doi.org/10.1145/3449287>].

³¹ See *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, COM(2021)206 final, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>]; *Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal*, COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html] (last visited 17/01/2024).

6. Conclusions

Blurring the boundaries between the private and the public caused by algorithms entails legal, political and ideological changes. Disproportionate impact of algorithms and their owners on issues of public interests and personal rights, as well as deepening the dependence of the public sector on some technologies lead to increasingly dictating the agenda by private actors. They use influence on public opinion to achieve private goals and strengthening the algorithmic component in decision-making on socially important issues, which, in turn, makes it almost impossible to be independent of certain technologies. Breaking this circle is getting harder. Given this, we need to recognize the private-public power of algorithm owners and developers and act accordingly. Governing AI should properly include making private actors properly accountable in the sense of bearing legal responsibility and taking effective prevention measures.

ABSTRACT

Difficult to be transparent and properly controlled, algorithms entails significant dependency of public institutions on private actors, causing disbalance in power and shifting paradigm, which entails significant changes in personal worldviews as well in society as such. 'Private algorithms' as artificial intelligence systems which are fully or to a considerable degree developed and/or owned by private sector actors contribute into the blurring of private and public concepts coupled with the growing digital power of the companies. It brings serious negative consequences for fundamental rights and values, and leads to the acquiring a 'public-private power' by the companies. One of the most significant consequences of the deployment of algorithms for people and societies is the algorithmization of public decision-making, which is accompanied by the acquisition of the habit of excessively relying on AI recommendations and perceiving them as trustworthy, which occurs simultaneously with the turning to technocentricity.

KEYWORDS: Algorithms; Artificial Intelligence; Fundamental Values; Opacity; Private Actors; Public Power.

II - THE FABRIC OF THE LAW:
NEW SUBJECTS, NEW SOURCES

Valentina Barela

Space Colonization: which Regulations and in whose Interests?

SUMMARY: 1. Private actors and the blurred distinction between public law and private law in the context of the exploitation of space resources – 2. The international scenario that prompted the enactment of national laws – 3. Reflections on some divergences between Japanese and American law regarding resource exploitation – 4. Some thoughts in conclusion.

1. Private actors and the blurred distinction between public law and private law in the context of the exploitation of space resources

The concept of utilizing space resources has been discussed for decades and today, without a doubt, we can confirm that it could lead to new economic opportunities and technological advancements, from both the perspective of space exploration and that of Earth, and, specifically, it carries significant implications for the widespread commercialization of space activities and scientific purposes¹.

¹ We cannot ignore the benefit of exploration and exploitation of Space-Based Solar Power (especially for Sustainable Energy), or the space manufacturing promoted by Varda Space Industries, in the pharmaceuticals field. Although the US, China, and Russia have been the principal actors on this stage so far, things are changing, and many other countries are realizing the importance of taking part in this endeavour. Europe, well known for its successes in innovative technologies, exploratory missions in geo-observation, meteorology as well as telecommunications, recently has invested a lot to be part of this economic race; the European Space Agency is activating a new form of cooperation and funding to erase competition and efficiency in new commercial space activities, through the new net of Business Incubation Centres (BIC) and the Cassini Space Entrepreneurship Initiative addressed to increase the private initiatives. However, it is important to bear in mind that special law is a matter of concurrent competence with that of the States (art. 4, paragraph 3, TFUE). See A. CONZUTTI, *La New Space Economy: profili costituzionali dell'integrazione europea in materia spaziale*, in «DPCE online», 4, 2021, p. 3362. In April 2021 the European Parliament and the Council established the Union Space Programme and European Union Agency for the Space Programme and Repealing Regulations (EU), no 912/201, (EU) No 1285/2013 and (EU) No 377/2014, and Decision No 541/2014/EU. R. ZUBRIN, *The economic viability of mars colonization*, in *Deep space commodities*, edited by T. James, Palgrave Pacmiliam, London 2018, p. 159; E. BEAUVOIS, G. THIRION, *Partial*

Prominent examples of resources are water² and minerals on celestial bodies such as the Moon and asteroids. From an economic perspective, the extraction and use of space resources are greatly hyped, but extremely interesting as space resources can be considered vast and have enormous economic potential for humanity. Furthermore, space activities have the potential to deliver measurable efficiency improvements, and innovation to foster better prospects for living across the globe, encompassing health benefits, technology, artificial intelligence, remote operations, and cybersecurity, among others. In this scenario, the emerging potential in space mining is ultimately expanding without excluding speculative purposes. This is one of the reasons for the need to find stable regulation that goes beyond the traditional dualism of private law and public law. All the economically influential countries are equipping themselves for these forms of exploitation, with 'domestic' laws, in a very weak international legal framework.

Outer space law has been born out of international law. However, the core of the debate has shifted from the latter, narrowly understood, due to the rapid growth of global economic competition in the New Space Economy³. Therefore, this extensive topic necessitates the consideration of

Ownership for Outer Space Resources, in «Advances Astronautics Science and Technology», 3, 2020, p. 29; M. BYERS, A. BOLEY, *Who Owns Outer Space?*, Cambridge University Press, Cambridge 2023; S. ZOLEA, *Esplorazione spaziale e nuove forme di appartenenza: spunti comparativi*, in «The Cardozo Electronic Law Bulletin», 26, 1, 2020.

² Many asteroids contain an abundance of water that is a particularly valuable resource because it serves as rocket fuel and, therefore, would facilitate space operations that could benefit from services provided directly in space.

³ The Space Economy term is not well defined. One can find varying definition attempts throughout the space community. A useful starting point for anyone new to the topic is a publication by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). The latter provides one of the most extensive and widely considered definition attempts in the first edition of its Handbook on Measuring the Space Economy, published in 2012. More specifically, the OECD determined here as a working definition that «The Space Economy is the full range of activities and the use of resources that create and provide value and benefits to human beings in the course of exploring, understanding, managing and utilising space. Hence, it includes all public and private actors involved in developing, providing, and using space-related products and services, ranging from research and development, the manufacture and use of space infrastructure (ground stations, launch vehicles, and satellites) to space-enabled applications (navigation equipment, satellite phones, meteorological services, etc.) and the scientific knowledge generated by such activities. It follows that the Space Economy goes well beyond the space sector itself since it also comprises the increasingly pervasive and continually changing impacts (both quantitative and qualitative) of space-derived products, services, and knowledge on economy and society». See, OECD, *OECD Handbook on Measuring the Space Economy*,

hybrid resources as an expression of the new pluralism of sources.

Undoubtedly, the lack of international legislation, particularly, on the exploitation of outer space resources⁴, allowed nation-states to take a leading step in addressing some issues that have remained unclear due to vague international legislature.

National laws remain limited to mere statements of principle that do not effectively regulate commercial relations; they also do not outline the peculiarities and characteristics of the mentioned rights or positions. Mostly, they affirm the responsibility of the states for any mission led by private entities, combined with a state authorization system, as a premise for any form of mission. They assert entitlements to outer space resources that are extracted without designing a clear legal framework. Ultimately, but of primary importance, these national laws prove to be of primary support for the national economic strategies of space-faring nations⁵.

Any matter testifies to the new relations between national and international law, in which this field is characterized by a simultaneous movement of privatization and nationalization that can be easily noticeable⁶. The hierarchy system has been weakened. The vast number of economic interests involved, induced private companies to become the main actors

OECD Publishing, Paris 2012, p. 20 <https://doi.org/10.1787/9789264169166-en>. In the second edition of this Handbook, published in 2022, the OECD also makes positive reference to the definition of the Bureau of Economic Analysis, Department of Commerce of the United States of America (USA) from 2020 reading: «The space economy consists of space-related goods and services, both public and private. This includes goods and services that: are used in space, or directly support those used in space; require direct input from space to function, or directly support those that do; are associated with studying space». See, OECD, *OECD Handbook on Measuring the Space Economy*, OECD Publishing, Paris 2022², pp. 28-29 <https://doi.org/10.1787/8bfef437-en>. The OECD then further conceptualises the Space Economy as consisting of three segments, with additional information regarding each of the three segments (upstream segment, downstream segment, and space-derived activities in other sectors).

⁴ The request for a developing international law has been requested for a long time. See B. CHENG, *The Commercial Development of Space: The Need for New Treaties*, in «Journal Space Law», 19, 1, 1991, p. 17; F. FRANCONI, F. POCAR, *Il regime di internazionalizzazione dello spazio*, Giuffrè, Milano 1993, p. 15; S. HOBE, *Adequacy of the Current Legal and regulatory Framework Relating to the Extraction and Appropriation of Natural Resources in Outer Space*, in «Annals of Air and Space Law», 32, 2007, p. 115; E.R. FINCH, *Commercial Space Development in Millennium 2000*, in «Journal of Space Law», 27, 1999, p. 161.

⁵ L. RASS-MASSON, *Stratégies étatiques et lois nationales dans le droit international de l'espace*, in *L'espace extra-atmosphérique et le droit international*, edited by C. Bories, L. Rapp, Pedone, Paris 2021, p. 139 ff.

⁶ See A. GUYOMARC'H, *Property on Space Resources: the Search for a Terminology. A Focus on the Moon and Its Mineral Resources*, in «Market & Innovation», 2, 2, 2023, p. 73.

in the *iure condendo* governance⁷. Besides the essential requirement of national identification for any outer space mission, the rules in this vast sector represent an evolution and a new balance among concealed forces that often supersede the traditional public authority (or so-called public power) and disrupt the conventional hierarchy of regulatory sources⁸. Public power, identified as a government, has been replaced by a widespread involvement of private individuals in decision-making and regulatory processes to matters of public importance, all encapsulated within the term 'governance'⁹. The political, social, and economic stakes are extremely high, consequently, it is necessary to face them osmotically, thus emphasizing a «global legal pluralism»¹⁰. In this scenario, the strength of international law which rests on the undoubted sovereignty of individual nations, primarily representing public interests and innervated by public law, is shown to be particularly weak.

Therefore, it is crucial to highlight the urgency to provide firm, uniform Regulations of commercial activities in space law, making up for the inertia and impotence of international law and modulating the activism of domestic law that appears with an allegedly dominant bias towards public interests.

This data must be considered with another factor, namely 'the domain of private investors'. The space sector, which for a long time was predominantly supported by the institutions, is witnessing an ambitious intervention by private investors¹¹. It's a real cultural revolution, which forces us to redefine relations between private and public law and reveals a different

⁷ See M. DE BELLIS, *Public law, and private regulators in the global legal space*, in «I-Con», 9, 2, 2011, pp. 428-429. The Author gives some examples of how public authorities have incorporated rules already long established by private bodies or often delegated to private actors' challenges that require more expertise due to technical innovation, such as what happened for the National Board of Fire Underwriters, in Kansas, or for the Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR), committed to carrying out and promoting research activities.

⁸ See M.R. FERRARESE, *Nuovi Poteri. Privati, penetranti, opachi*, il Mulino, Bologna 2022.

⁹ *Ivi*, p. 27, Ferrarese's metaphor, in which governance is likened to a vast cloak designed to conceal various manifestations of 'uncovered' power in a post-democratic context, is highly illustrative of the transformation of power (where private individuals/companies become the main actors in decision-making processes).

¹⁰ It is the definition given by J.-S. BERGÉ in *L'application du Droit National, International et Européen*, Dalloz, Paris 2013 or the one given by R. MICHAELS, *Global Legal Pluralism and Conflict of Laws*, in *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, edited by P. Schiff Berman, Oxford University Press, Oxford 2020.

¹¹ See M. WEINZIERL, *Space, the Final Economic Frontier*, in «Journal of Economic Perspectives», 32, 2, 2018, p 173.

dynamic among sources of laws. Very pressing legal issues are emerging since there are currently no international rules governing the exploitation of space resources, which could lead to conflicts between Nations.

Therefore, some national laws have been enacted on exploration and use for the benefit of all mankind, sometimes soliciting private intervention, with a specific focus on efforts to exploit natural resources available there, whether for private or public purposes.

In reality, the economic power and efficiency of private investors have rocketed and have altered and blurred the boundaries between public and private law.

The bargaining leverage has been transferred from the Government to nongovernmental commercial operators. In truth, the phenomenon of global private governance has been regarded not only as economic and financial regulation but also as environmental protection. 'Private' operators are the most advanced in developing technology to carry out spatial missions. For instance, the National Aeronautics and Space Administration (NASA) asked Elon Musk's Company, Space X, to build a lander to go back to the moon. It is up to Space X to provide transportation to the international space station after the space shuttle is accomplished. Consequently, private entities appear and grow even faster than government ones and with much more consistency because of the independence of programs from state administration and thus from ever-changing domestic politics. Economic circumstances and opportunities are the fulcrum of their investment and lead the programs on. The lack of certainty of legal protection, on the other hand, is the permanent risk of their actions¹² and at the same time a great challenge for governments.

Moreover, considering that these kinds of investments are extremely expensive, it is easy to imagine that they need to receive some form of return. In addition, therefore, it is important to mention the phenomenon of ridesharing in the space sector which means generally the launch of secondary payload as part of someone else's mission, usually involving a reduced-price tag and less control over some other missions' elements like schedule on the part of the secondary payload client¹³. From an economic

¹² I. CHRISTENSEN, *Building confidence and reducing risk in space resources policy*, in «ROOM The Space Journal», n. 1, 7, 2016, pp. 38-39. See also, R. JAKHU, J. LOGSON, L. PLETON, *Space policy, Law and Security*, in *The Farthest Shore: A 21st Century Guide to Space*, edited by J. Pelton, A.P. Buckley, International Space University, 2009, p. 208.

¹³ For example, Space Exploration Technologies Corp. (Space X), which develops launch vehicles for various purposes as well as the Starlink communications satellite mega constellation, has established a dedicated Smallsat Rideshare Program in the context

perspective, ridesharing benefits nations, and others not only by generating additional income but also by providing the additional benefit of making satellite launches more affordable to smaller actors with less funds, potentially contributing to economic development at large. Naturally, there are many legal aspects to consider when engaging in ridesharing as contracts may involve multiple entities and jurisdictions.

2. *The international scenario that prompted the enactment of national laws*

Being acknowledged that the outer space law is indeed an emerging field, with many challenges in various aspects of law, including intellectual property, property rights, liability for damages caused by debris¹⁴, cybersecurity¹⁵, space tourism¹⁶, and telecommunications, among others,

of its launch activities. *Smallsat Rideshare Program (SpaceX)* <<http://www.spacex.com>> accessed 23 September 2023. Furthermore, in 2022 NASA «has selected 13 companies to provide launch services for the agency's Venture-Class Acquisition of Dedicated and Rideshare [...] missions, providing new opportunities for science and technology payloads and fostering a growing U.S. commercial launch market». See, *13 Companies to Provide Venture Class Launch Services for NASA* (NASA, 26 January 2022) <<https://www.nasa.gov/press-release/13-companies-to-provide-venture-class-launch-services-for-nasa>>, accessed 23 September 2023. The European Space Agency (ESA) also sees value in partaking in satellite ridesharing. *Vega returns to flight proves new rideshare service* (ESA, 3 September 2020) <https://www.esa.int/Enabling_Support/Space_Transportation/Vega/Vega_return_to_flight_proves_new_rideshare_service> accessed 23 September 2023.

¹⁴ See, among others, HOBE, B. SCHMIDT-TEDD, K.U. SCHROGL (eds.), *Cologne Commentary on Space Law*, vol. II, *Rescue Agreement Liability Convention Registration Convention Moon Agreement*, Carl Heymanns Verlag, Cologne 2013; P. STUBBE, *State accountability for space debris: a legal study of responsibility for polluting the space environment and liability for damage caused by space debris*, Brill Nijhoff, Leiden 2018; ZOLEA, *Errore e responsabilità nel diritto dello spazio in Europa: un sistema multilivello*, in «La cittadinanza europea», <<https://www.lceonline.eu/>>, n. 2, 2022, p. 61.

¹⁵ A. FRÖHLICH (ed.), *Outer Space and Cyber Space. Similarities, Interrelations and Legal Perspectives*, Springer, Gewerbestrasse 2021.

¹⁶ P. BRINKMANN, British billionaire Richard Branson plans to soar into space Sunday, in «UPI», 9 July 2021, online: <www.upi.com/Science_News/2021/07/09/richard-bransonvirgin-galactic-flight-space/1121625768487>. N. SCHMIDLE, *Virgin Galactic and the Making of a Modern Astronaut*, Henry Holt & Co, New York 2021. National Aeronautics and Space Administration (NASA), news release, 20-007, *NASA selects first commercial destination module for International Space Station*, 27 January 2020, online: <www.nasa.gov/press-release/nasa-selects-first-commercial-destinationmodule-for-international-space-station>. The addition of a new module always entails safety risks, as exemplified in August

this work aims to pinpoint some experiences of national legislation regarding the exploitation of resources, while paying attention to what was conceived in the international forum and disposed by international rules.

Thus, focusing on the exploitation of resources, it is appropriate to refer to the US experience, in particular to the Commercial Space Launch Competitiveness Act 2015¹⁷ (CSLCA) because it was the first law enacted on this theme and draw a parallel with the Japan experience that led to the Space resource mining Japan Act of 2021. This was the last law provided on the same theme all over the world, both of which were put in place to pave the way for maximizing exploration and use of space resources.

The US Act goes beyond the encouragement of private companies to invest in the development of technologies for asteroid mining and other space resource utilization activities. The CSLCA also contains provisions related to remote sensing reform, launch licensing, international obligations, and space traffic management. It streamlined the regulatory process for licensing commercial remote sensing operations and clarified the roles of various government agencies in the approval process. The law sets out certain requirements and regulations for commercial space launch licenses, to provide a clear framework for companies seeking to conduct space launches. It also promotes coordination among federal agencies in the authorization process and state environmental rules. As a corollary to all the provisions, the commitment to international treaties and agreements concerning space activities emerges. Nevertheless, as for the present work, it is necessary to emphasize that the US law reopens the long debate on the legitimacy of the exploitation of precious resources present on the Moon and other celestial bodies. This is because it promotes the exploration and collection of materials extracted from space or asteroids for commercial purposes by US citizens, granting them the right to detain, possess, transport, and sell what they obtained «in accordance with applicable laws, including international obligations of the United States». Other nations,

2021 when the thrusters on the newly added Russian module Nauka unexpectedly fired after docking, endangering the entire International Space Station. You can read more about this incident in Joey Roulette's article: J. ROULETTE's article, *Uncontrolled Firing from Russian Module Leads to Brief 'Tug of War' on the International Space Station*, in «The Verge», 29 July 2021.

¹⁷

Japan¹⁸, the United Arab Emirates¹⁹, Luxembourg²⁰, subsequently adopted national laws with similar contents²¹. Japan was the last country to enact national law on this topic with some not inconsiderable differences.

Before trying to outline the main feature of these municipal laws, it is pivotal to consider the international scenario and the historical political circumstances in which the first outer space treaty was drafted. Thus, it is advisable to remember that space activities were born out of military and geopolitical competition when Sputnik, the first artificial satellite, was launched by the Soviet Union in 1957. The aim was to ensure that space wouldn't serve as a stage for nuclear conflicts. For this reason, most international treaties acted, mainly for «peaceful purposes»²² for

¹⁸ See *Japan: Space Resources Act Enacted*, LIBR. CONG., <<https://perma.cc/WS9J-QZKS>>. S. KŲZUKA, *National Space Law and Licensing of Commercial Space Activities in Japan*, in *Routledge Handbook of Commercial Space Law*, edited by L.J. Smith, I. Baumann, S. Wintermuth, Routledge, Oxon-New York 2024.

¹⁹ See Federal Law No. 12 on the Regulation of the Space Sector, art. 4 (Dec. 19, 2019) (U.A.E.) <<https://perma.cc/L32M-WKCT>>. This law further regulates the Emirates Space Agency. The law concerns the consideration of various activities in space, from the launch of vehicles into space to the extraction and transportation of resources.

²⁰ See Loi du 20 juillet 2017 sur l'exploration et l'utilisation des ressources de l'espace (Law of July 20th, 2017, On the Exploration and Use of Space Resources). Luxembourg is the first European Country to develop a clear regulation of ownership rights of minerals, water and other resources extracted from outer space -atmospheric, especially those present on asteroid, approving a law relating to their exploration and use which ensures private entities a series of rights. According to the provision of art.1 the space resources in question are susceptible to appropriation in compliance with the principles which inspire the entire *corpus spatialis*, provided that the authorized operator carries out the activities referred to in the same art. 1 «in accordance with the conditions of the authorization and the international obligations of Luxembourg» (art.2). Additionally, it creates Luxembourg Space Agency. Luxembourg seeks to channel the interests of as many major companies as possible, both due to the favourable tax plan and by offering all companies that have their headquarters in Luxembourg the opportunity to obtain the license, with the condition that the applicant represents at least 10% of the capital. Very important is the fact that the law expressly establishes that resources can be subject to appropriation, and no explicit or implicit reference is made to art. 2 of the Outer Space Treaty (OST). In contrast to the United States, where it is mentioned that activities cannot be subject to claims of ownership or sovereignty, but not mention the word 'appropriation'. The United Arab Emirates and Japan, on the other hand, remain generic, stating their interest in complying with international law.

²¹ See M.M. DE PAGTER, "Who Dares, Wins:" *How Property Rights in Space Could be Dictated by the Countries Willing to Make the First Move*, in *CJIL Online* 1.2, 2022, p. 116.

²² See art. III and IV of Outer Space Treaty. The art. IV (§ 1) of the Outer Space Treaty, that establishes «States Parties to the Treaty undertake not to place in orbit around the Earth any objects carrying nuclear weapons or any other kinds of weapons of mass destruction, install such weapons on celestial bodies, or station such weapons in outer space in any other

the so-called «Common Heritage of mankind»²³, mainly addressed to developing countries to generate a legal framework for the main purpose of preventing a monopoly in this area. The principle of the «Common Heritage of Mankind» is a concept that can certainly play a central role in discussions about the commercialization of space resources as it promotes the idea that space and its resources should be regarded as a common asset of humanity. This principle was originally formulated for international maritime law, particularly for deep seabed mining activities, but it has been extended to outer space. In essence, the principle of the Common Heritage of Mankind asserts that space resources, such as minerals on the Moon or other celestial bodies, should be managed in a way that benefits all of humanity and should not be subject to unilateral appropriation or exploitation by individual countries or commercial entities. Consequently, this principle encourages international cooperation and the involvement of many nations in the management of space resources to ensure they are used fairly and sustainably. It leads to the concept of 'moral internationalization' which is closely linked to this principle as it emphasizes the importance of acting ethically and responsibly in the exploitation of space resources. The commercialization of space resources could lead to ethical challenges

manner». The superpowers agreed not to place in orbit around the Earth any weapons of mass destruction, but they left open the legal possibility of using outer space to launch intercontinental missiles through suborbital flight. Their first decision coincided with international public interest, while the second didn't. Permission to launch missiles with nuclear warheads in suborbital flight was the open door to the subsequent intensification of the nuclear arms race, which, as we already know, almost reached calamity levels.

²³ The term was originally introduced in the Antarctic Treaty of 1959 and then reaffirmed GA-Resolution of December 13, 1963. Specifically, the preamble of the Antarctic Treaty recognizes that «it is in the interest of mankind that Antarctica shall continue forever to be used exclusively for peaceful purposes and shall not become the scene of object of international discords». G. ODUNTAN, *Imagine There are No Possessions: Legal and Moral Basis of the Common Heritage Principle' Space Law*, in «Manchester Journal of International Economic Law», 2, 1, 2005, p. 30. The Author explores the evolution of the common spaces concept in international law and utilizes parallels from similar frameworks governing shared ownership in other global regions like the deep seabed and Antarctica; as a premise the Author denies any sort of property right in outer space. Among others, see S. MIRZAEI, *Outer Space and Common Heritage of Mankind: Challenges and solutions*, in «RUDN Journal of Law», 21, 1, 2017, pp. 101-105; S. ERVIN, *Law in a Vacuum: The Common Heritage Doctrine in Outer Space*, in «Law, Boston college International and Comparative Law review», 7, 2, 1984, pp. 403-431; P. TAYLOR, *The Concept of the common heritage of mankind*, in *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law Cheltenham*, edited by D. Fisher, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton 2022, pp. 306- 334. The Outer Space Treaty, as an incipit, at art. 1 states that the exploration and use of Outer Space «shall be the province of all mankind».

such as preserving the environment in space, protecting potential space ecosystems, and avoiding over-exploitation. These challenges need to be mitigated by encouraging the international community to establish rules and norms to ensure that the exploitation of space resources respects shared moral values and the common interest of humanity.

The main law about exploration activities is the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, universally known as the Outer Space Treaty (OST-1967). It is the Treaty on the topic that has been recognized by the greatest number of States. It has been negotiated and drafted under the auspices of the United Nations and has been signed by 27 States and in the following years has been signed and ratified by many other nations, up to 105.

It is appropriate to mention also the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, better known as the Moon Treaty or the Moon Agreement, signed in 1979 (coming into force in 1984) that reaffirms the principles of the OST as the peaceful purposes of outer space activities (as the moon and its natural resources are the common heritage of mankind), and praises the freedom of scientific investigation²⁴.

The Moon agreement and National laws emphasise the principles of outer space international law that can be summarized in five points. In particular, it is feasible to trace the principle of free access and free use of space by all the actors of the international community, the principle of non-appropriation of space and celestial bodies, the principle of the peaceful use of space, the principle of international cooperation, the principle of state liability for damage caused by space activities regardless of whether these activities are attributable to the state or private individuals operating on national territory. However, the principle of non-appropriation is the most important for this investigation, as it has led to the failure of the Moon Agreement due to its non-acceptance by a significant number of non-signatory States. Art. 11 specifically establishes that «the Moon and its natural resources are the common heritage of mankind [...] neither the surface nor the subsurface of the moon, nor any part thereof or natural resources in place, shall become property of any State, international intergovernmental or non-governmental organization, national organization or non-governmental entity or of any natural

²⁴ In truth, outer space is currently governed by five main treaties: thus, in addition to the Outer Space Treaty and the Moon Agreement, it must be considered the Rescue Agreement, the Liability Convention, and the Registration Convention.

person». Additionally, it points out that «the placement of personnel, space vehicles, equipment, facilities stations, and installations on or below the surface of the moon, including structures connected with its surface or subsurface, shall not create a right of ownership over the surface or the surface of the moon or any areas thereof».

The pivotal aspect of the Moon Agreement, which would have represented added value but at the same time was its failure as well, is its endeavour to make the common heritage principle effective through establishing an international management regime. The latter would ensure equitable sharing among all States Parties of the benefits derived from lunar resources, taking into consideration the interests and needs of developing countries. As a counterpart, it inevitably would have required measures of control over the exploitation. Establishing an international regime implements appropriate procedures to govern the exploitation but also to control the activities of the states, is the core of the realization of the Common Heritage of mankind in Outer Space. The restrictions that would have involved private initiatives, if the Moon Agreement had been accepted by more States, are indeed the reason for its failure, and thus have led to unsuccessful attempts by the international system so far. Nevertheless, it has the merit of having tried to go beyond the reinforcement and reiteration of these principles. Those affirmations are however controversial, considering that the States Parties have drafted a Joint Statement intending to encourage more States to sign the Moon Agreement. The Joint Statement points out that the Moon Agreement does not preclude any modality of exploitation, by public or private entities, or prohibit the commercialization of such resources, provided that such exploitation is compatible with the principle of a common heritage of mankind²⁵.

Therefore, the OST remains the main Treaty to which we must refer when discussing international law concerning the exploitation of resources and the main international principles associated with it²⁶; the main point is to consider the exploitation of resources that they are aptly the principle of free access and free use of space, the principle of non-appropriation of space and celestial bodies and the principle of the common heritage of

²⁵ Joint Statement on the Benefits of Adherence to the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies of 1979 by States Parties to that Agreement, U.N. Doc. A/AC.105/C.2/2008/CRP.11, at 3 (Apr. 2, 2008). See R. LEFEBER, *Relaunching the Moon Agreement*, in «Air & Space Law», 41, 1, 2016, p. 41.

²⁶ See T. CHENEY, *There's No Rush: Developing a Legal Framework for Space Resource Activities*, in «Journal of Space Law», 43, 2019, p. 106, p. 110.

mankind²⁷. These principles are all interconnected. The principle of the common heritage of mankind serves as (the) foundation and (the) basis of the international principle of non-appropriation, which is established in art. 2 of the OST declaring: «Outer space, including the moon and the other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty²⁸, through employing use or occupation, or by any other means»²⁹.

Is it possible to conceive property rights without sovereignty, and the coexistence of property rights with the application of the principle of a common frame of reference? Can we acknowledge the existence of these rights without infringing upon the principle of non-appropriation as stipulated in the Outer Space Treaty?

There is a wide range of contentious interpretations of this article, depending on whether the aim is to prioritize a shared international consensus or to justify, and thus allow, autonomous regulation stemming from 'municipal law'. Initially, in support of the power of the international 'conclave', it excludes any form of property on the moon and other celestial bodies³⁰. Notwithstanding, it needs to be read in relation with art. 1 of OST which proclaims the freedom of exploration and use of resources.

²⁷ For a positive interpretation of the flexibility and generality of this article see GUYOMARC'H, *Property on Space Resources: the Search for a Terminology. A Focus on the Moon and Its Mineral Resources*, cit., p. 80. *Contra*, A. KERREST, *L'appropriation des ressources minérales des corps célestes*, in *Le droit entre ciels et terres: mélanges en l'honneur du professeur Laurence Railloni*, in P. Clerc et. al. (eds.), A. Pedone, Paris 2022.

²⁸ The Peace of Westphalia in 1648 recognised states as equal sovereigns in the domain of international law and established that non-interference within a state's territory by other states is the expression of its sovereignty. D. CROXTON, *The Peace of Westphalia del 1648 and the Origins of Sovereignty*, in «The Int'l History Rev.», 21, 3, 1999, p. 569; B. FASSBENDER, A. PETERS (eds.), *Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 229- 240. H.R. HERTZFELD, F. VON DER DUNK, *Bringing Space Law into the Commercial Word: Property Rights without Sovereignty*, in «CJIL», 6, 1, 2005, p. 81, available at: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol6/iss1/8>.

²⁹ As the Chair of the Space Law Committee of the International Law Association said in response to questions by the Chair of the Working Group of the SLC, "the Article II only lays down new rules when applied to the moon and other celestial bodies which, before the OST, were *res nullius* and, therefore, claims of sovereignty would have been legitimate under the traditional rules of the international law governing occupation and claims of Sovereignty on Earth. Maureen Williams", https://www.unoosa.org/pdf/limited/c2/AC105_C2_2015_CRP25E.pdf, or see M. WILLIAMS, *The Controversial rules of International Law Governing Natural Resources of the Moon and the Other Celestial Bodies*, in «Proceedings of the International Institute of Space Law», 58, 2015, p. 529.

³⁰ CHENG, *The 1967 Space Treaty*, in «JDroit Intl.», 95, 1968, p. 538.

Given the knowledge of a significant number and strength of private investors, a question arises: does the prohibition of sovereignty, clearly directed at States, also extend to private entities, potentially denying them property rights³¹? Personal appropriations are not mentioned and, thus, do not appear to be explicitly excluded. This provision does not address whether mining activities are permitted. Art. II supports space resource exploitation and appears to pertain solely to claims of sovereignty and occupation. Thus, art. II favours space resource exploitation specifically pertaining only to claims of sovereignty and occupation. In support of this statement, the distinction between appropriation and use is pivotal.

It is appropriate to accept the orientation it supports that sovereignty is a means of moderating the relationship between the state and the community governed by the State. Thus, sovereignty needs to be traced back to the authority of the political community³². However, it has different forms of manifestation, and the principle of non-appropriation is only one of those that can be circumscribed to the territory understood as land. For this reason, it is relevant to also mention art. VIII of OST which states that countries retain jurisdiction and control over objects appearing on their space registers, representing those as a sort of «functional property right»³³.

³¹ See e.g. CHENEY, C.J. NEWMAN, *Managing the Resource Revolution: Space Law in the New Space Age*, in *Frontiers of Space risk: Natural Cosmic Hazards & Societal Challenges*, edited by R.J. Wilman, Newman, CRC Press, Francis & Taylor Group, Boca Raton 2018, pp. 245-68. This concept of no sovereignty in outer space is repeated in art. 11 of the Moon Treaty (Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Outer Celestial Bodies, 18 Dec 1979, 1363, UNITS 3). See e.g. among those assert limitation to only States and not private entities, bearing in mind the State's international responsibility for its all national activities space (art. VI), F. TRONCHETTI, *The Non-Appropriation Principle Under Attack: Using Article II of the Outer Space Treaty in its defence*, in «*Proc. L. Outer Space*», 50, 2007, p. 526, p. 530; ID., *Legal Aspects of Space Resource Utilization*, in *Handbook of Space Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2015, pp. 769-813; S. FREELAND, JAKHU, *The Intersection Between Space Law and International Human Rights Law*, in *The Routledge Handbook of Space Law*, edited by Jakhu, P.S. Dempsey, Routledge, London 2017, p. 234.

³² F.H. HINSLEY, *Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge 1986².

³³ See art. VIII. It establishes: «A State Party to the Treaty on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object, and over any personal thereof, while in outer space or on a celestial body. Ownership of objects launched into outer space, including objects landed or constructed on a celestial body, and their component parts, is not affected by their presence in outer space or on a celestial body or by their return to the Earth». A. GUPTA, *Property Rights and Sovereignty Within the Framework of the Common Heritage of Mankind Principle*, in *Proceedings of the international institute of Space law*, 2020, p. 127; W.N. WHITE, *Real Property rights in Outer Space*, in *40th Colloquium on the Law of Outer Space*, 1998, p. 370 available at <http://www.space-settlement-institute.org/Articles/research_library/WayneWhite98-2.pdf>.

On the other hand, the property right is linked to powerful States only to prevent individuals from protecting themselves through self-protection.

In addition, the Moon and other celestial bodies are included in «*res extra commercium*» category, but only in the sense that the States are the parties involved and only if these celestial bodies are considered in their entirety. Is not the case of synecdoche that requires a radical refusal of the metaphysical unity of Law, for which the relation between perception, reality, and thought is mainly rhetorical, as Pier Giuseppe Monateri taught us with his insights a long time ago³⁴.

A demonstration of this blurred and 'flexible' interpretation can be traced to art. 1 of the Treaty which appears as a justification, and at the same time, as a limited application of this aforementioned prohibition. Exploitation is a necessary consequence and *prèmise* at the same time as use and exploration and necessarily leads to the commercialization of resources where all these activities are possible thanks to private investors and operators. The prohibition of appropriation is therefore intended to ensure that the use of these celestial bodies is permitted to all States, thereby preventing exclusive exploitation of their resources.

This is one of the reasons why it is advisable to consider utilizing and tapping into outer space resources through a lease agreement and granting licenses, thus obviating the ontological problem of property rights. It is certain that, through this space activity, an asset or an individual prerogative recognised by law is acquired.

In addition, it is worth mentioning the relevant comparison with the enacted regulations for deep-sea mining activities, where a 'property regime' has developed under similar constraints, such as the non-appropriation principle. A comparison has been made with the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)³⁵, well known as a landmark convention setting out rules relating to the world's oceans and seas, covering issues including territorial limits, resources, and protection of the marine environment. Although, the operational perimeter is very different and divergently defined, the license granting regime established for seabed mineral resources is a good draft on which to establish a regulation for licensing for the exploitation of outer space resources.

³⁴ P.G. MONATERI, *La Sinecdoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffrè, Milano 1984.

³⁵ J.G. WRENCH, *Non-appropriation, no problem: the Outer Space Treaty is ready for Asteroid Mining*, in «Case Western Reserve Journal of International Law», 51, 1, 2019, p. 437.

3. Reflections on some divergences between Japanese and American law regarding resource exploitation

The debate surrounding resource exploitation prompted the US in 2015 to enact the Space Resources Exploration and Utilization Act that states a few but clear principles about the exploitation of any abiotic resource in situ outer space, inclusive of water and minerals. The law refers specifically to a-biotic elements; consequently, every new right does not extend to extra-terrestrial life, so anything alive may not be exploited commercially.

There is no explicit reference to the right of ownership, but all the entitlements mentioned are the ones that entail the property right: possess, own, transport, use, and sell. Paragraph § 51303, titled «Asteroid resource and space resource rights», states: «A United States Citizen, engaged in commercial recovery of an asteroid resource or a space resource, under this chapter, shall be entitled to any asteroid resource or space resource obtained, including to possess, own, transport, use, and sell the asteroid resource or space resource, obtained by applicable law, including the international obligations of the United States». The aim is to boost the right of United States citizens to engage in commercial exploration for and commercial recovery of space resources free from harmful interference, in accordance with the international obligations of the United States and subject it to authorization and continuing supervision by the Federal Government.

The issue has been simplified to eliminate any doubts regarding the favourability of privatizing the exploitation of outer space resources, as long as it remains under the control of federal agencies. The rules governing the use of resources in space, however, remain uncertain³⁶. The US Act of 2015 was undoubtedly influenced and championed by lobbying efforts from Planetary Resources, a private company based in Washington, focused on the future commercialization of asteroid mining³⁷. It comes as no surprise

³⁶ The international Treaties established the Extension of Terrestrial Law into Outer Space about their liability to each other for damages that their spacecraft might cause either private or public entities to own or operate the mission.

³⁷ Planetary Resource Inc. is a US company, established in 2009 with the aim to mine asteroids identifying them as the most commercially viable near the Earth to extract water that can lead to the development of multiple transformative technologies that are applicable to the global market. Another private US Company, involved in space mining established in 2013, is Deep Space Industries which has the goal to produce water, propellant, and building materials to favour growing space markets. Both Companies have received massive economic support from the Government of Luxemburg, both have

that the US Act 2015 encourages the commercial exploration and recovery of space resources by United States citizens while actively discouraging government barriers to the development of economically viable, safe, and stable industries for commercial exploration within the United States. The strength of this law has been demonstrated and validated by subsequent legislative initiatives from other economic and political entities. These initiatives have successfully overcome the interpretative constraints related to the principle of sovereignty³⁸, piquing the interest of economically powerful states eager not to miss out on potential opportunities.

Japan, as a State that has dedicated substantial efforts to space development since its initial involvement as an original signatory of the Outer Space Treaty³⁹, has followed the lead of the United States by enacting the Space Resources Mining Act on June 15, 2021. This legislation explicitly permits individuals to engage in commercial space resource mining and outlines the automatic acquisition of space resources that are exploited.

In truth, the Japanese Act seems to adopt an even more colonizing approach, encompassing a wider array of resources as objects of exploration, exploitation, and commercialization. It does not specify that they must be a-biotic resources, which consequentially includes the possibility to commercialise flora and fauna and any living organism useful for humans in the future. It could be quite alarming from an ethical perspective but

legal headquarters in Luxembourg. The tax benefits for companies in Luxembourg, as well as favourable corporate laws and access to the European market, are well-known. This makes the country particularly attractive for financial companies, investment firms, wealth management companies, and multinational corporations. The commercial opportunities related to national space exploration started to be an important governmental aim since the administration of George W. Bush that provided incentives for investments in space, created monetary prizes for the accomplishment of space missions, and secured property rights of private industry involved in outer space explorations and exploitations.

³⁸ On April 6, 2020, was issued an Executive order linking participation in the National Aeronautics and Space Administration's (NASA) Artemis Program to international acceptance and legitimization of the United States view on space resource appropriation. The Signatories affirm that the extraction of space resources does not inherently constitute national appropriation under Art. 2 of the OST and that contracts and other legal instruments relating to space resources should be consistent with that Treaty. See, S. MOSTERSHAR, *Commentary, Artemis: The Discordant Accords*, in «Journal of Space Law», 42, 2, 2020, p. 591.

³⁹ Japan adhered to all Treaties in the following years unless the Moon Agreement. Therefore, it is party to the Agreement on the Rescue of Astronaut, the Return of Astronauts, and the Return of Objects Launched into Outer Space (1968), The Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (1972), and the Convention on Registration of Objects Launched into Outer space (1975).

nowadays it doesn't seem we are living in a preference stage where putting limitations instead of creating the most opening and comprehensive perspective can be favoured.

The Act defines them as «water, minerals and other natural resources that exist in outer space, including the Moon and other celestial bodies». Space resources encompass elements such as water, minerals, and other materials found in the outer space realm, including the moon and other celestial bodies. Notably, the legal framework does not explicitly outline the specific scope of 'natural resources', leaving room, as just mentioned, for interpretation as to whether this includes inanimate or abiotic resources. Furthermore, the law does not make a clear distinction between resources located on or within a celestial body and the celestial body itself. However, it does acknowledge the necessity of adhering to international laws, hinting at a potential limitation on asserting exclusive rights over an entire celestial body. No reference is mentioned about the term appropriation, as it is possible to note in the US law.

Certainly, it is interlay appropriate to emphasize the economic approach of common law tradition linked to the mainstream view of property as a bundle of interconnecting rights⁴⁰, that entitles estate, status, and immaterial situation, rather than to embrace the approach of civil law tradition where the pivotal role is led by the domain *in rem*. The freehold must be preserved for all mankind (common heritage), and the use, under the guise of leases and licenses and easements may allow the State and private individuals, having previously obtained national authorization, to carry out the best exploitation.

International and national laws dedicate many rules to authorization procedures. Any private and public entities need to obtain the authorization of the State which must have control (mostly through the national

⁴⁰ See, e.g., B.A. ACKERMAN, *Private property and the Constitution*, Yale University Press, New Heaven 1977, pp. 26-29 reporting that the bundle-of-rights conception of property is so pervasive that «even the dimmest law student can be counted upon to parrot the ritual phrases on command». *Contra*, see, e.g., T.W. MERRILL, H.E. SMITH, *What Happened to Property in Law and Economics?*, in «Yale L.J.», 111, 2001, p. 357; J.E. PENNER, *The "Bundle of Rights" Picture of Property*, in «UCLA L. Rev.», 43, 1996, p. 711; A. GAMBARO, *La proprietà nel common law angloamericano. Property- proprietà-Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, edited by A. Candian, A. Gambaro, B. Pozzo, Cedam, Padova 2002, p. 93; L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, in G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH, A. ZOPPINI, *Diritto private comparato: istituti e problemi*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 47; A. WASSER, D. JOBES, *Space Settlements, Property Rights, and International Law: Could a Lunar Settlement Claim the Lunar Real Estate It Needs to Survive*, in «Journal of Air Law and Commerce», 73, 1, 2008, p. 48.

aerospace agency) of all programs and missions undertaken, either by public or private entities. Countries have distinct prerequisites for securing a license, which typically involves demonstrating the capacity to carry out their proposed plans. A prevalent limitation placed on these licenses is that they cannot be easily transferred to external parties. Japan permits transfers, but subject to the condition that the concerned party secures explicit government consent⁴¹.

4. *Some thoughts in conclusion*

Certainly, this process of national regulation which sees these ‘colonizing’ missions by private protagonists can no longer be stopped, in the same way as the operative action of international law, beyond the declaration of intents cannot.

It shall be deemed that the traditional tools offered by public and private law cannot be underpinned in their original context, therefore we need to go beyond the ontological problem of property rights as national laws have been established; however, a need for rules for preventing harm, interference among space-resource operations and dealing with resolutions of conflicts on this topic remains urgent⁴².

⁴¹ Luxembourg unconditionally bans any form of transfer. Conversely, the United Arab Emirates, like Japan, permits transfers, but is subject to the condition that the concerned party secures explicit government consent.

⁴² An international path aimed at greater cooperation has, in any case, been pursued by the United Nations. It is offered by the «Building blocks for the development of an international framework on space resource activities» created by the Hague International Space Resources Governance Working Group, to promote international cooperation and multi-stakeholder dialogue. Specifically, is the result of the committee on the Peaceful Uses of Outer Space whose main task is to review and foster international cooperation in the peaceful uses of outer space, as well as consider legal issues arising from the exploitation of outer space. See F. XU, J. SU, M. MEHDI, *A re-examination of fundamental principles of international space law at the dawn of Space mining*, in «Journal of Space Law», 44, 1, 2020, p. 1. The latter suggests the possibility of granting a temporary right to exploit space resources. This entails assigning ‘priority’ rights to an operator who wishes to explore or extract space resources, allowing him to do so for a specified maximum duration and within a designated area registered in an international database while ensuring international recognition of these priority rights. The duration and scope of the priority right should be determined on a case-by-case basis, considering the specific circumstances of the proposed space resource activity. Additionally, the legal acquisition of resource rights over raw minerals and volatile materials extracted from space resources, as well as any derived products, can be accomplished through domestic

The sovereignty of international law cannot be guaranteed because even though hierarchical state law is subject to international law, its incidence is down to each nation-state, because. After all, they ultimately decide whether to implement international obligations and authorize and constrain the activities of international entities through domestic law. Consequently, the range of what is possible under international law is defined by domestic law. In addition, the property issue can become a problem of private international law, as a form of allocation of regulatory authority⁴³, more than public international law due to the 'domestic sources' that are occurring in this scenario. Space law is an expression of highly composite different resources and new forms of interaction between the several levels of normativity⁴⁴. The latter aspect, or rather this new global regulatory order constitutes a bold challenge.

The tool of proper contractual terms, reminiscent of those utilized in deep sea mining should not be underestimated. Rather than depending on conventional property rights, asteroid mining is expected to embrace contractual agreements that will likely incorporate standard clauses commonly found in existing mining contracts. For example, the Mining Code established by the International Seabed Authority could serve as a blueprint for a similar organization operating under the Outer Space Treaty to develop its own set of regulations governing companies engaged in asteroid mining.

In addition, it cannot be denied that 'domestic' laws, on purpose, have paved the way for a journey that goes beyond national implications. An example is provided by the Artemis Accords, drafted by the USA in collaboration primarily with the few nations that have legislated on the exploitation of space resources. In those Accords the need and desire to give these municipal laws a kind of international validation is evident. The Artemis Accords⁴⁵, a set of nonbinding multilateral and bilateral

legislation, bilateral agreements, and/or multilateral agreements. (https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2022/aac_105c_22022crp/aac_105c_22022crp_23_0_html/AAC105_C2_2022_CRP23E.pdf).

⁴³ See A. MILLES, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, 2012 available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2025616.

⁴⁴ See, *infra*, M. COUSTON, *Défis et perspectives pour le droit spatial du XXI siècle*, in «Revue Française de droit aérien et spatial», n. 3, 2002, p. 256; MICHAELS, *State Law as Transnational Legal Order*, in «UC Irvine Journal of International, Transnational and Comparative LA», 1, 2016, p. 141.

⁴⁵ See E.A. TAICHMAN, *The Artemis Accords: Employing Space Diplomacy to De-Escalate a National Security Threat and Promote Space Commercialization*, in «American University

agreements, consist of thirteen provisions established by the United States in 2020 in collaboration with Australia, Canada, Italy, Japan, Luxembourg, the United Arab Emirates, and the United Kingdom. Although they are not legally binding, their goal is to form a solid political and legal consensus on the subject. Furthermore, as of today, 36 other nations have already joined. Through ten principles on space exploration and property rights, the Accords outline the goals and beliefs of these countries regarding the current state of international space law in relation to space exploitation and exploration, going beyond the requirements of OST or even being seen in contrast with them. One of the goals outlined in the Accords is the establishment of a permanent human colony on the Moon. Could it be considered an act of appropriation under the Outer Space Treaty⁴⁶?

Equivalent attention must be paid to another bilateral agreement, finalized by Russia and China⁴⁷, through which they have announced plans to establish a permanent inhabitant base on the Moon, inviting other states to be part of the International Lunar Research Station with the aim to focus on projects such as extracting mineral and water, utilising in-situ resources. It is conceivable that the coveted new regulation must consider these positions established through bilateral agreements that effectively reinforce the stance taken by the states through municipal laws.

Ultimately, in this scenario, it is advisable to give an operative role concerning new governance offered by space Agencies that have increased enormously, such as that of the European Space Agencies⁴⁸, Japan Aerospace Exploration Agency, and Luxembourg Space Agency, in addition to NASA.

ABSTRACT

This work aims to analyse the emerging and urgent issue of the lack of regulation on the exploitation of resources extracted from celestial bodies. It highlights the leading

National Security Law Brief», 11, 2, 2021, p. 113.

⁴⁶ One noteworthy aspect of the Artemis Accords is the requirement for signatories to share scientific information «derived from their space activities with the public and the scientific community in good faith and “in accordance with Article XI of the Outer Space Treaty”» and in this regard, the agreements seem to reinforce the principle that all activities undertaken must be for the benefit and in the interest of all nations, as stated in art. I of the Outer Space Treaty.

⁴⁷ It is a consequence of the China exclusion under the Wolf amendment which prohibits NASA from collaborating with any Chinese entity that uses governmental funding without specific congressional permission.

⁴⁸ ESA Space Resources Strategy (ESA, 2019), <<https://exploration.esa.int/web/moon/-/6/61369-esa-resources-strategy>>.

role of private investors, which inevitably disrupts the traditional legal frameworks of private and public law. It outlines the incomplete interpretations that international regulations are subject to. They have prompted the intervention of national legislation on this theoretically international law-bound subject. Attention then focuses on two national laws, the U.S. and Japanese, as examples of a non-dogmatic, but functional approach to this subject. The traditional tools offered by public and private law cannot be underpinned in their original context, therefore it is necessary to go beyond the ontological problem of property rights as national laws have been established. Finally, the intention is to propose a working towards bilateral agreements that, in line with national laws, testify to a different significance of the parties involved, such as private and public entities, space agencies, among others.

KEYWORDS: Space Law; Property Rights; National Laws.

Cristina Costantini

*Mutazioni nomiche e trasfigurazioni dell'umano.
Per una ecocritica giuridica*

SOMMARIO: 1. Questioni morfo-ecologiche. Interrogazioni per il diritto – 2. Costruire una visione ecogiuridica – 2.1. Disincantamento della bipartizione diritto pubblico/diritto privato – 2.2. La profanazione della dicotomia pubblico/privato – 3. Il crepuscolo del diritto biopolitico. Della comunità che viene dalla comunità che resta.

1. *Questioni morfo-ecologiche. Interrogazioni per il diritto*

Schiume è la parola, declinata al plurale, scelta da Peter Sloterdijk per nominare la terza variante (dopo bolle e globi) dell'idea di sfera che, trasfigurata da immagine geometrica in concetto antropologico, diviene asse portante di un visionario pensiero morfologico e titolo aggregante di una triade filosofica volta a riscrivere la storia dell'umanità.¹ Calco della spazialità originaria racchiusa nel grembo materno, dimensione nativa di crescita e protezione, la sfera continua ad essere riprodotta dall'uomo per dar forma ai propri mondi, per circoscrivere il luogo del proprio naturale abitare. Un vincolo primigenio, costitutivo e insuperabile, consente di costruire un'originalissima e provocante *topologia dell'essere*, per cui il fenomeno uomo può essere spiegato solo in rapporto al proprio dove. Anche il tempo è misurato morfologicamente: pulsa ad ogni catastrofe, ad ogni variazione, per grandezza e consistenza, della sagoma circolare che definisce condizioni di vita e di esperienza.

Su queste basi la riflessione di Sloterdijk si articola in tre momenti fondamentali.

Il primo momento, che esprime una *microsfereologia* e trova il proprio correlativo oggettivo nella *bolla*, è una archeologia dell'intimo, un'indagine sulla formazione dell'individuo, fin dalla fase della gestazione, che trova compimento nell'elaborazione di una complessa teoria della soggettività dalla

¹ P. SLOTERDIJK, *Sfere III. Schiume*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2015.

quale partire per riscrivere e reinterpretare la storia delle civiltà occidentali.

Il secondo momento, che si traduce in una *macrosferologia*, rappresenta una fenomenologia dei tentativi fatti dall'uomo occidentale (impiegando religione, filosofia, politica, arti, economia) per creare nuove sfere capaci di supplire la perdita della microsfera primordiale. Il *globo* prende, così, il posto della bolla e movimentata la storia tutta, dalla classicità alla contemporaneità, attraverso dinamiche di affermazione, sviluppo, specificazione, forme autentiche e articolate di *globalizzazione*. L'immagine del mondo unitaria, cosmo-uranica, prodotta dalla riflessione parmenidea sull'essere perfetto e sferico, si affina all'incontro con il pensiero teologico e si plasma in quella sfera monologica cristiana, immunitario-inclusiva, che sarà destinata a un progetto di diffusione e conquista totale fino ad entrare in collisione con altri sistemi sfericamente autocompiuti.

Il terzo momento descrive la realtà contemporanea e ne coglie il dato contraddistintivo nel progressivo *sfilacciamento del mondo macrosferico*, nel passaggio dalla compattezza del globo alla policentrica evanescenza della *schiuma*, una sorta di blob in fermentazione, fluidificato, chimico e poroso composto da gocce separate seppur interdipendenti, che si ostinano a trovare un vincolo di connessione pur rimanendo co-fragili e co-isolate. Come risultato finale del design psicopolitico moderno², la schiumificazione è l'esito di un inganno storico imbastito su una trama illusoriamente liberatoria: di contro alla promessa di leggerezza e di sgravio che parrebbe inscritta nella sostanza della nuova forma, le molecole diffuse attuano la crisi del paradigma antropogenico, mettono in moto la deriva caricaturale delle antropotecniche, sciogliono il coagulo in cui si è solidificato il primato dell'umano.

Nell'introdurre sinteticamente la metamorfosi evolutiva verso lo stadio attuale, Sloterdijk perfeziona a vertigine la propria *cosmica morfogenesi*, in cui *forma di spazio* e *forma di vita* sono irrinunciabilmente saldate: nell'epoca contemporanea «la vita ha un dispiegamento multifocale, mutiprospectico ed eterarchico. Il punto di avvio si trova nella definizione non metafisica e non olistica di quella vita la cui immunizzazione non può più essere pensata con i mezzi della semplificazione e della sintesi nell'onnisfera liscia. Se la "vita" ha come effetto quello di costituire spazi infinitamente diversi, ciò non è dovuto soltanto al fatto che ogni mondo ha un proprio ambiente, ma ancora di più al fatto che esso è connesso ad altre vite ed è composto di innumerevoli unità. La vita si esprime su palcoscenici

² Nel significato e accento critico proposto da Byung-Chul Han, BYUNG-CHUL HAN, *Psicopolitica*, Nottetempo, Milano 2014.

simultanei e posti l'uno dentro all'altro; si produce e si consuma all'interno di una rete di atelier»³.

Slime, il vischioso, è la materia ambigua, né liquida né solida, intorno alla quale Susanne Wedlich ricostruisce tre miliardi di anni di storia e immagina le potenzialità di un futuro post-umano⁴. In quanto coloso, gelatinoso, molle, palpabilmente duttile, lo *slime* si insinua e conquista organismi ed ambienti, colonizza terra, acque, cellule, piante, animali. Resiste e si trasforma. Ritorna sotto nuovo aspetto e ancora non si esaurisce: da melma primordiale a biofilm; da veicolo fluido di agenti patogeni a idrogel contenuto nel nostro corpo. È al contempo memoria del nostro passato e anteprima vivente di un tempo a venire⁵.

Metaspore è il neologismo ideato da Anicka Yi⁶ per esprimere l'intento che orienta la propria produzione artistica: consentire la proliferazione e la diffusione di idee nel mondo con la stessa energia biologica che appartiene alle spore, fare di ogni opera una installazione vivente capace di contaminare e di essere contaminata⁷. Ogni lavoro diviene, perciò, sintesi di materie; incorpora batteri, alghe, funghi, elementi industriali, impasti, pigmenti; innesca processi chimici e biologici che mettono in discussione la monumentalità e l'immutabilità dell'opera d'arte, liberandola dall'artificioso asservimento ad un umano (troppo umano) desiderio di immortalità per restituirla alla naturalità della deperibilità in cui tutto si fa comune. La riqualificazione dell'estetica in termini di bioestetica o estetica metabolica si accompagna alla rimodulazione del linguaggio visivo che incorpora l'ef-

³ P. SLOTERDIJK, *Sfere III. Schiume*, cit., p. 15.

⁴ S. WEDLICH, *Vischioso. Storia naturale dello slime*, Nottetempo, Milano 2023.

⁵ Nel segreto della sua mutazione senza resa si annida il perturbante che ne ha fatto oggetto cult della sperimentazione horror, dalle pagine di Lovecraft alle scene di Blob. Nell'interrogare le nostre responsabilità rispetto alla continuità di questo mondo, Susanne Wedlich lascia questo messaggio: «Lo slime ha sempre fatto ritorno o non è mai scomparso. Invece di imporre la nostra volontà al resto della natura, forse, per cambiare, potremmo imparare qualcosa dall'approccio morbido e lento dello slime: cedere anziché insistere a tutti i costi, in modo che una volontà di adattamento e una maggiore flessibilità possano permetterci di sopravvivere alle crisi provocate da noi stessi»; S. WEDLICH, *Vischioso. Storia naturale dello slime*, cit., p. 356.

⁶ Figura di spicco della scena contemporanea, Anicka Yi (artista statunitense di origine coreana) si è distinta per una ricerca radicalmente innovativa che si sviluppa tra arte, scienza, microbiologia, antropologia, filosofia, intelligenza artificiale, per indagare le possibili ridefinizioni delle categorie di umano e non umano, naturale e sintetico, tecnologia e biologia.

⁷ Il termine è stato utilizzato per nominare la prima antologica del lavoro di Anicka Yi presentata all'Hangar Bicocca di Milano. Per ulteriori approfondimenti si rinvia al catalogo della mostra ANICKA YI, *Metaspore* (a cura di F. Griccioli, V. Todoli, R. Greenfield), Marsilio Editori, Venezia 2022.

fimero, l'invisibile, l'instabile. Anche la tecnologia, lungi dall'essere romanticamente ripudiata, viene attratta in questo gorgo creativo magmatico per riconfigurare il 'noi' come 'collettivo multispecie', strutturato intorno a catene infinite di codipendenze produttive e alleanze simbiotiche.

Quale è il motivo comune che avvicina le tre prospettive eversive (nelle loro specifiche interrogazioni, filosofica, scientifica, politica e artistica) e quale forza nuova ne può derivare per il pensiero giuridico?

Il dato emergente e di interesse è una *preoccupazione ecologica* da intendersi non solo come riqualificazione ontologica dell'ambiente vitale, ma anche come rideterminazione morfologica dello spazio disciplinare. Tra i due piani di sviluppo di questo autentico *ecological turn* (diffuso pervasivamente in ogni campo di investigazione)⁸ sussiste un rapporto di strutturale connessione: la diversa consistenza della dimensione geologica e biologica, della biosfera nella propria integrale complessità, chiede di essere compresa ed espressa attraverso una diversa forma di riflessione e di linguaggio. È, questo, l'atto di fondazione di un'estetica dirompente e giacobina: la distribuzione dei modi di esperienza e di conoscenza si consegna ad un inquieto e spiazzante design.

Un impulso significativo all'affermazione di un orientamento oggi condiviso e trasversale è stato offerto dall'*ecocritica*, contaminazione feconda sviluppata in ambito letterario e da ultimo fruttuosamente saldata alle

⁸ Se non, addirittura, di plurali *ecological turns*. Per contributi significativi, che discutono specifiche questioni, si veda T. MILSTEIN, J. CASTRO-SOTOMAYOR, *Routledge Handbook of Ecocultural Identity*, Abingdon 2020 (in relazione alla trasfigurazione del concetto di identità); A. PENNYCOOK, *Language Policy and the Ecological Turn*, in «Language Policy», 3, 2004, pp. 213-239 (per le conseguenze politiche dell'uso di metafore biometriche); G. HU, *Eco-Translatology. Towards an Eco-Paradigm of Translations Studies*, Springer, 2020 (per la formulazione di nuovi paradigmi traduttivi); S. KETO, *Ecosocialization – an Ecological Turn in the Process of Socialization*, in «International Studies in Sociology of Education», 30, 1-2, 2020, pp. 34-52 (per la trasformazione dei metodi e processi educativi).

acquisizioni del nuovo materialismo⁹ e della 'ontologia orientata agli oggetti'¹⁰ per liquidare le separazioni ontiche ed epistemologiche portate dal canone e per leggere in profondità le crisi che segnano l'Antropocene¹¹. Questo

⁹ Secondo R. Dolphijn e Iris van der Twin, l'introduzione dell'espressione si deve a Rosi Braidotti, che l'avrebbe formulata sia per esprimere la necessità di promuovere una revisione, se non un vero e proprio superamento, del 'vecchio' materialismo marxista, sia per reagire contro l'attenzione esclusiva riservata alla produzione discorsiva del soggetto, così da tornare alla considerazione della materialità ontologica del soggetto incarnato in un corpo immerso in relazioni di potere; *Interview with Rosi Braidotti*, in R. DOLPHIJN, I. VAN DER TUIN, *New Materialism: Interviews and Cartographies*, Open Humanities Press, Ann Arbor 2012, pp. 19-37. Per quanto sia complesso racchiudere in una definizione onnicomprensiva tutte le posizioni in cui può sostanzarsi la nuova visione, non sono mancati tentativi di sintesi. A questo riguardo, W.E. CONNOLLY, *The «New Materialism» and the Fragility of Things*, in «Millennium», 41, 3, 2013, pp. 399-412; E. CUDWORTH, S. HOBDEN, *Liberation for Straw Dogs? Old Materialism, New Materialism, and the Challenge of an Emancipatory Posthumanism*, in «Globalizations», 12, 1, 2015, pp. 134-148 (in base alla prospettiva qui proposta, il *new materialism* si svilupperebbe intorno a tre principi cardine: la centralità della materia e della sua capacità auto-organizzante; un approccio speculativo-realistico; un'etica della *cultivation*). Risulta certamente centrale il lavoro collettaneo D. COOLE, S. FROST (a cura di), *New Materialisms: Ontology, Agency, and Politics*, Duke University Press, Durham-London 2010, dove in apertura si delinea chiaramente la cifra del nuovo orizzonte: «As human beings we inhabit an ineluctably material world. We live our everyday lives surrounded by, immersed in, matter. We are ourselves composed of matter. We experience its restlessness and intransigence even as we reconfigure and consume it. At every turn we encounter physical objects fashioned by human design and endure natural forces whose imperatives structure our daily routines for survival. Our existence depends from one moment to the next on myriad micro-organisms and diverse higher species, on our own hazily understood bodily and cellular reactions and on pitiless cosmic motions, on the material artifacts and natural stuff that populate our environment, as well as on socioeconomic structures that produce and reproduce the conditions of our everyday lives. In light of this massive materiality, how could we be anything other than materialist? How could we ignore the power of matter and the ways it materializes in our ordinary experiences or fail to acknowledge the primacy of matter in our theories?», *ivi*, p. 1. Altrettanto fondamentali sono le intuizioni del materialismo femminista; S. ALAIMO, S. HEKMAN (a cura di), *Material Feminisms*, Indiana University Press, Bloomington 2008; S. ALAIMO, *Bodily Natures. Science, Environment and the Material Self*, Indiana University Press, Bloomington 2010. Pionieristico, come noto, il pensiero femminista antispesicista e postumanista di Donna Haraway; D.J. HARAWAY, *Staying with the Trouble: Making Kin in the Chthulucene*, Duke University Press, Durham-London 2016; EAD., *The Promises of Monsters. A Regenerative Politics for Inappropriate/ Others*, in EAD., *The Haraway Reader*, Routledge, New York, 2004.

¹⁰ Che esclude l'esistenza di una gerarchia tra gli enti; G. HARMAN, *Ontologia orientata agli oggetti* (tr. O. Ellero), Carbonio, Milano 2021; T. MORTON, *Iperoggetti* (tr. V. Santarcangelo), Produzioni Nero, Roma 2018.

¹¹ Nel passaggio dall'inaugurazione di questa rivoluzionaria conversazione disciplinare, che originariamente vincolava tra loro letteratura e sopravvivenza nelle pagine del libro

sguardo multifocale ha sovvertito l'immagine del mondo antropocentrico, strutturata gerarchicamente sulla base dei dualismi oppositivi partoriti dalla razionalità occidentale (natura/cultura; soggetto/oggetto; mente/corpo; artefice/prodotto; centro/periferia; civilizzato/primitivo) e ha dato riscatto alla materia, non più inerte ma intrinsecamente creativa – come la radice del nome stesso, *mater*, testimonia –, vibrante¹², malleabilmente duttile e contaminante, pura forma di relazionalità dinamica. Nel quadro della nuova visione, il soggetto è decolonizzato nella propria alterità; l'uomo si fa postumano e vive nella tensione tra edito e inedito; lo spazio diviene comune e antispecista.

Il diritto non può rimanere insensibile al collasso delle tradizionali tassonomie. La trasformazione di spazio e ambiente, che è stata catturata e ripensata obliquamente da ogni forma di conoscenza e che ha comportato una conseguente revisione del dimensionamento disciplinare, si presenta come emergenza ineludibile.

Il diritto deve ripensare lo spazio del proprio abitare. Un pensiero giuridico autenticamente critico non può oggi non tradursi in una *morfologia topologica*, in una ricomposizione delle forme che disegnano le articolazioni interne e che strutturano le relazioni esterne con il politico e l'economico. Sullo sfondo torna in questione il rapporto *oikos – bios – pólis* attraverso la risemantizzazione dei suoi poli e la conseguente disarticolazione delle relazioni tra necessità/libertà, riproduzione e produzione che su di esso Hannah Arendt aveva fondato¹³.

pionieristico di Joseph Meeker, *The Comedy of Survival* (1972 – non a caso introdotto dall'etologo Konrad Lorenz), alla sua sistematizzazione teorica, compiuta nel saggio monografico *The Ecocriticism Reader* (curato da Cheryl Glotfelty e Harold Fromm), fino a giungere alle sue ulteriori e più recenti declinazioni, la consapevolezza che lo sguardo debba essere prospettico e multifocale si è irrobustita e ha consentito di penetrare a fondo, in modo disincantato, nelle crisi dell'Antropocene. Per i riferimenti indicati, J. MEEKER, *The Comedy of Survival. Studies in Literary Ecology*, Charles Scribner's Sons, New York 1972; C. GLOTFELTY, H. FROMM, *The Ecocriticism Reader. Landmarks in Literary Ecology*, The University of Georgia Press, Athens 1996. Centrale per lo sviluppo di una nuova coscienza ecocritica è il pensiero di Serenella Iovino, la cui produzione è copiosa. Si vedano in particolare, S. IOVINO, *Ecologia letteraria. Una strategia di sopravvivenza*, Edizioni Ambiente, Milano 2015 [2006]; EAD., *Steps to a Material Ecocriticism: The Recent Literature About the "New Materialisms" and Its implications for Ecocritical Theory*, in «Ecozon@», 3, 1, 2012, pp. 134-145; EAD., *Material Ecocriticism: Matter, Text, and Posthuman Ethics*, in *Literature, Ecology, Ethics: Recent Trends in European Ecocriticism*, a cura di T. Müller, M. Sauter, Winter Verlag, Heidelberg 2012, pp. 51-68.

¹² Utilizzando la fortunata espressione che si deve a Jane Bennett, J. BENNETT, *Vibrant Matter. A Political Ecology of Things*, Duke University Press, Durham 2009.

¹³ H. ARENDT, *Vita Activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano 2017, Cap. II.

2. *Costruire una visione ecogiuridica*

Rispondendo a un'inevitabile urgenza, si intende qui dare espressione a quella che può essere compiutamente definita come *ecocritica giuridica*, la cui interrogazione fondamentale è, dunque, quale è l'*oïkos* del diritto (il luogo della sua produzione / riproduzione) e quale la sua forma. Ciò non solo orienta la riflessione per il tempo a venire, ma apre ad una introspezione profonda sul farsi e sul presentarsi della cultura giuridica occidentale. Tra le possibili, numerose direttrici di sviluppo, che derivano da queste premesse, se ne portano qui ad evidenza tre, tra loro coerentemente collegate:

- il disincantamento della bipartizione diritto pubblico/diritto privato;
- la profanazione della dicotomia pubblico/privato;
- il crepuscolo del diritto biopolitico.

Nello sviluppo degli argomenti, la scansione onto-morfologica di Peter Sloterdijk viene applicata alle più recenti e – per quanto si ritiene – più illuminanti riflessioni sulla storicità contingente della macro-articolazione interna al diritto (diritto pubblico/diritto privato, appunto) di contro alla sua ideologica presentazione come tratto strutturale, necessitato, permanente¹⁴. Inoltre, l'assunzione dei temi propri dell'ecocritica della materia consente di slegare, fino a scioglierli in un nuovo intreccio che rifugge ogni tensione deterministica, i poli degli ulteriori binarismi (*bíos/zoë*; individuo/comune; uno/molteplíce; privato/collettivo) di cui si nutrono le tradizionali costruzioni giuridiche.

La prospettiva metodologica che sorregge la riflessione (e che al di là della specifica occasione di dibattito si pensa possa criticamente rinnovare senso ed applicazioni della comparazione) è una particolare declinazione di archeologia, indebitata con il pensiero di Enzo Melandri e con quel singolare esperimento intellettuale che all'inizio degli anni '70 legò tra loro Gianni Celati, Italo Calvino, Carlo Ginzburg e Guido Neri¹⁵. Risalire all'arché (quale compito primo di ogni archeologia) non significa rintracciare un

¹⁴ Ci si riferisce all'indagine di Michele Spanò, che ha il merito di costruire un quadro intellettuale unitario entro il quale far convergere argomenti usualmente discussi in modo frammentario; M. SPANÒ, *Fare il molteplíce. Il diritto privato alla prova del comune*, Rosenberg&Sellier, Torino 2022.

¹⁵ L'occasione degli incontri, che avvennero tra gli intellettuali ripetutamente a cavallo degli anni 1970-1972, era stata offerta dalla volontà di progettare una nuova rivista dedicata al ripensamento del paradigma archeologico. L'oggetto di riflessione (l'archeologia, appunto), voluto fortemente da Melandri, comportò la riqualificazione dell'originaria idea-guida del disegno che nel 1968 aveva fatto convergere tra loro Celati, Calvino e Neri intorno ad una possibile ridefinizione della letteratura.

a priori storico trascendentale, un'origine che spieghi l'empiricità della storia. Rintracciare l'arché di un fenomeno o di un dispositivo comporta un regresso fino ad una soglia di indiscernibilità custodita al loro interno, rimasta latente e inespressa e che, una volta scoperta, può disporli ad un nuovo uso¹⁶. L'arché vale, pertanto, non come emergenza passata e compiuta, ma come chance di cambiamento nel presente; la soglia, che ne è segnatura, diviene punto di contatto e trapasso tra regressione e progresso, porta il futuro nel passato e il passato nel futuro.

2.1. *Disincantamento della bipartizione diritto pubblico/diritto privato*

In primo luogo, occorre interrogare radicalmente la dialettica pubblico/privato.

Tornare all'arché di questo distico oppositivo consente di mettere a nudo la costruzione ideologica che l'ha costituito in un dato di evidenza, per descriverlo, poi, come proprietà essenziale (e perciò inderogabile) del *nomos* universale. Si è trattato di una mistificazione che, dalla modernità fino ad anni recenti, ha destinato ad un effetto di naturalizzazione forme e astrazioni giuridiche, la cui genesi è tutto al contrario contingente, contestuale, storicamente situata. Giocata all'ombra di questo travisamento è la voce enciclopedica di Norberto Bobbio, scritta nel 1981, che plasticamente dipinge la dicotomia tra pubblico e privato come distinzione idonea a «dividere un universo in due sfere, congiuntamente esaustive [nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano, nessuno escluso], e reciprocamente esclusive, [nel senso che un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda]». La divisione – prosegue Bobbio – «è totale, [in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare], e principale, [in quanto tende a far convergere verso di sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie]»¹⁷.

La voce di Bobbio è sineddoche escarnata della cultura giuridica continentale che ha fatto del binomio divisivo pubblico/privato l'attributo fondamentale dell'ordine giuridico (se non addirittura del pensiero giuridico), una determinazione a priori invariabile, non soggetta a

¹⁶ Per questa qualificazione del concetto di archeologia si rimanda inevitabilmente all'integrale opera di Giorgio Melandri; G. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata 2004.

¹⁷ N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Einaudi, Torino 1981, ora in EAD., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1985, p. 3.

divenire, in grado di saturarne compiutamente lo spazio e di esaurirne le articolazioni.¹⁸

Diritto pubblico e diritto privato – per usare metaforicamente il lessico di Sloterdijk – sono stati figurativamente rappresentati come due globi autonomi e autocompiuti, capaci di mettere in forma la partizione fenomenologica del reale, sistematizzandola in uno stabile equilibrio appropriativo: l'uno (il privato) racchiude e contiene il piano consacrato all'interesse dell'individuo e alla logica dello scambio; l'altro (il pubblico) circoscrive e delimita l'esercizio di potere e sovranità. Il primo sovrascrive la bolla in cui si sono formate società ed economia; il secondo sovrascrive la bolla in cui ha trovato la propria genesi la politica.

Questo dogma è stato sorretto da una genealogia contraffattoria e legittimante, che ha attribuito alla celebre partizione ulpiana tra *ius publicum* e *ius privatum*¹⁹ un senso anacronistico e attualizzante, di divisione sostanziale, quando essa a nulla di ontologico rinviava, limitandosi a descrivere una mera partizione di studio, due punti di vista diversi (l'uno rivolto ai singoli, l'altro rivolto al *populus* organizzato in *civitas*)²⁰ dai quali guardare una comune e unitaria esperienza giuridica²¹. Per questo, fino

¹⁸ Per conferma si legga la definizione del giurista francese Jean Carbonnier, che consegna la partizione ad un registro di assolutezza e atemporalità: «Tout le droit se divise en deux parties: droit public et droit privé»; J. CARBONNIER, *Droit civil, tome premier, Introduction à l'étude du droit et Droit civil*, Montchrestien, Paris 1965 (1a ed., 1955), p. 39.

¹⁹ D. 1.1.1.2 «Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus».

²⁰ Così lo *ius publicum* può riguardare materie religiose di interesse collettivo; i sacerdoti che si occupano delle cose religiose come di una forma di sapere sociale; le magistrature.

²¹ Come limpidamente chiarito da Brutti; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Giappichelli, Torino 2011, p. 63. Brutti opportunamente cita Satta nella parte in cui si avvale delle tesi di Orestano sulla relatività dei concetti giuridici per confutare l'autonomia ontologica del diritto pubblico rispetto al diritto privato, contestandone la realtà istituzionale: «Ulpiano in sostanza si limitava a dire che lo *studium iuris* poteva svilupparsi secondo due tesi, cioè secondo una duplice *inspectio*, l'una col guardare all'ordinamento (*spectat*) considerato nel suo insieme; l'altra ai singoli; concettualizzando, per dirla in termini moderni, la stessa realtà in due termini distinti a seconda che si assuma come coordinata fondamentale l'ordinamento o l'individuo [...] il testo è stato generalmente inteso come se le *positiones* avessero carattere sostanziale, come se il diritto pubblico e il diritto privato fossero distinti e in questo dibattito insolubile si rifletteranno nei secoli le connessioni e le ideologie della scienza giuridica fino ai nostri giorni»; S. SATTA, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milano 1994, p. 99. Parimenti il termine *status* in Ulpiano indica esclusivamente la realtà oggettiva della *civitas*, la sua condizione, il suo modo di essere e di

all'inizio del XVI secolo, il richiamo a Ulpiano si chiude in una cripta della memoria e i giuristi ripartono l'ordine in cui sono immersi secondo altre distinzioni, *ius divinum / ius humanum*; *ius civile / ius canonicum*; *ius commune / iura propria*²².

Occorre, perciò, sottoporre ad un lavacro archeologico il discorso genealogico, lasciar fluire l'apologia dal corpo della dogmatica.

Ne risulta che quella che è stata presentata come pacifica invariante della storia giuridica europea è, in vero, il precipitato tipico ed esclusivo della Modernità, che ha giuridificato la politica, consegnando il dimensionamento della sua forma a un dispositivo giuridico, appunto alla divaricazione dicotomica tra diritto pubblico e diritto privato²³: si poteva dare il pubblico solo contrapponendolo ontologicamente a un privato; per riconoscersi ed essere riconosciuto, il primo ha creato il secondo come necessario altro da sé. Sono emersi due globi separati e distinti, che hanno acquistato il proprio senso solo in virtù della propria reciproca opposizione. Si è trattato di una rottura funzionale dell'unità nomica ereditata dalla globalizzazione medievale, della macrosfera teogiuridica – per seguire il parallelismo con Sloterdijk – che aveva dato forma ad una precisa idea di comune.

La morfologia bipolare così inaugurata si è, d'altra parte, retta sul continuo e solidale rapporto tra le sfere²⁴, che al loro interno si sono modulate l'una come l'anamorfose dell'altra: il soggetto sovrano è il rovescio

certo non si riferisce all'idea di una entità astratta e sovrana, sovraordinata ai singoli soggetti che lo costituiscono, frutto esclusivo dell'epoca moderna.

²² Come è noto, a parlare non è solo l'esplicito, ma anche il silente. È perciò da attribuirsi valenza significativa alle lacune lessicali, alla assenza, nella letteratura giuridica italiana, dell'espressione 'diritto pubblico', che ancora nel Settecento stenta ad affermarsi. Per la diversa diffusione del concetto di diritto pubblico in Germania, M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, t. I, *Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Giuffrè, Milano 2008, p. 123 ss. Per una analisi dell'affermazione sia del sintagma che del moderno concetto in Francia, B. SORDI, *Alle origini della grande dicotomia: «Le droit public» di Jean Domat*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, t. III, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra Medioevo e Modernità*, a cura di G. Dilcher, D. Quaglioni, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 679-696.

²³ SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, cit., p. 11.

²⁴ La sinergia effettiva tra i due poli, a dispetto della loro apparente contrarietà, è segnalata da Michele Spanò che in ciò riconosce una contraddizione dialettica, non una opposizione reale: «L'opposizione tra pubblico-politico e privato-economico è puramente apparente: uno non sta senza l'altro e soltanto la presenza del primo è garanzia della riproduzione del secondo [...] non avrebbe senso pensare che uno dei due poli abbia qualche riserva di superiore moralità – la purezza della politica contro la corruzione dell'economia! – allorché essi sono due solo in apparenza»; SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, cit., p. 12.

della sovranità politica; il *dominium* dell'*imperium*.

Segnatura di un'operazione tutto affatto neutra o neutrale è la stessa aggettivazione che qualifica quella parte di diritto eretta a contraltare della cattedrale della sovranità: privato in luogo di civile, un diritto costruito intorno a un soggetto spogliato o liberato (come l'etimo di *privatus* dice) della propria appartenenza al collettivo della *civitas*. Del resto, il rinvio insoluto che pone il presente in essenziale discontinuità con le proprie radici non solo impronta la costruzione ideologica di una tradizione a partire dalla romanità, di cui si esalta la bruciante modernità, ma molto più semplicemente connota l'ambiguità del nostro lessico, che ora ripropone alternativamente e in modo immotivato i due sintagmi (diritto privato / diritto civile), ora segmenta i nostri piani di studio, vestendo dell'abito nuovo l'antico diritto al primo anno, per leggerlo in strofa con la propria controparte, e svestendolo poi, negli anni successivi, per apprezzarlo più profondamente nella sua nuda solitudine.

Ricomposta in questi termini l'identità dei due diritti, appare chiaro che anche la distribuzione topologica dei rispettivi contenuti è stipulativa, non essenziale, né necessaria: assumere che nel privato si faccia questione di individui, patrimoni, scambi, capacità, volontà diviene ancora una volta una consapevole determinazione storica che nulla ha a che vedere con l'individuazione di proprietà immodificabili. Uno sguardo multifocale non può che immediatamente confermarlo, riscoprendo nell'Occidente la cesura tra terra e mare, tra Continente e Isola: il primo ha controbilanciato la propria solidità ontologica con divorzi e soluzioni – si può dire, propriamente, spartizioni – del proprio interno *nomos*; la seconda ha fatto argine contro flutti e correnti cementando un *nomos* che non a caso si è definito dappprincipio – e tale è rimasto – comune. È, infatti, la *common law*, la legge comune a tutta la terra a divenire matrice di una immemorabile *ancient constitution* e a tradursi in misura del bilanciamento tra prerogative e libertà, diritto e sovranità, obbedienza e protezione. Anche la distribuzione della relazione tra *ordinary* ed *extraordinary prerogatives* (che sinteticamente e cumulativamente definiscono poteri, privilegi e immunità riconosciuti alla Corona), per quanto chiami in causa altri linguaggi del discorso politico – il linguaggio teologico e il linguaggio spurio creato mescolando massime del diritto romano con precetti del diritto naturale – riconosce pur sempre la legge comune, la *common law*, come 'master language', ossia come metalinguaggio che stabilisce e perimetra gli ambiti in cui gli altri possono parlare²⁵.

²⁵ Come, pur a fronte di una possibile minaccia di assolutismo, Giacomo I dovette

Ancora, una visione disincantata sa leggere il perturbante nella Modernità, valorizzando quell'eccedenza o escrescenza rispetto alle forme omogenee di pubblico e privato che è l'eccezione, una bolla spuria che indetermina le sfere e le sospende, rendendo inoperosa la vita al loro interno. Nella cavità gassosa, che si origina come spontanea emergenza, il fattuale gorgoglia contro il normativo, rimescola piani e gerarchie, disordina ciò che aveva trovato composizione, sforma e riforma. Fuori dalla bocca del nuovo gorgo primordiale ciò che era stato inghiottito è rilasciato come rigurgito: materia lacerata, masticata, una strana mistura di poltiglia e schiuma.

2.2. *La profanazione della dicotomia pubblico/privato*

Per quanto detto sopra, è possibile sostenere che il ripensamento critico delle nostre compartimentazioni debba misurarsi con l'idea di forma e di inattualità.

Bisogna, infatti, porsi sulla soglia delle forme per vederne più compiutamente il disegno e per scorgerne le possibili modulazioni. Parimenti, occorre farsi inattuali per produrre uno spostamento prospettico; occorre, più precisamente, assumere dell'inattualità la curvatura angolare, sghemba, talvolta bizzarra, la cui apparente ineleganza è certamente compensata da una indubbia efficacia euristica.

Lo svelamento dell'arché ha, infatti, condotto alla soglia di indistinzione originaria tra il pubblico e il privato, a fronte della quale è possibile oggi riaprire una contesa morfologica, un conflitto non tanto sugli elementi del sinolo giuridico pubblico-privato (su uno più che sull'altro, o su entrambi con pari energia, a seconda dell'opzione ideologica alla quale nuovamente si preferisca aderire), quanto sulla forma del loro rapporto²⁶.

Oltre alle reciproche incursioni, che pure si sono storicamente date, e

ammettere di fronte al suo Parlamento nel celebre discorso del 21 marzo 1610. Sulla rilevanza della *common law* come *master language*, G. BURGESS, *The Politics of the Ancient Constitution. An Introduction to English Political Thought, 1603-1642*, Macmillan Press, London 1992.

²⁶ In questo senso SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, cit., p. 12, laddove con efficacia si legge: «se il diritto pubblico e il diritto privato – come forma della politica moderna – stanno solo e soltanto se presi insieme, allora la loro critica eventuale – o anche la più sobria constatazione di qualche malfunzionamento nella loro congiunta macchinazione – non può giocare l'uno contro l'altro e neppure appuntarsi esclusivamente ora su questo ora su quello. L'oggetto della critica non potrà che essere *la forma del loro rapporto*».

che hanno testimoniato l'esistenza di una riserva di senso possibile al di là della geometrica fissità della topologia moderna, è pertanto propizio sostenere e promuovere – come si è stati invitati a fare – la riconversione del diritto privato in diritto civile nella valenza più profonda che all'aggettivo civile si possa attribuire. Per questa via la moderna giuridificazione della politica sarebbe curata con una tanto contemporanea quanto inattuale ripolitizzazione del diritto privato²⁷.

Ciò equivale ad una profanazione della dicotomia pubblico/privato.

Riprendendo la derivazione concettuale del termine, che non a caso affonda ancora una volta nell'arcaico diritto romano, profanare, quale contrario di consacrare, sta per restituire al libero uso degli uomini quanto era stato prima appreso nella sfera del sacro e del religioso²⁸. Profanazione è, pertanto, il controdispositivo che dis-incanta, svincola da un legame privilegiato ed esclusivo, neutralizza e disattiva i dispositivi del potere, rimettendo alla comune disponibilità quanto il sacro aveva separato e impietrito. Conseguentemente, profanare diritto pubblico e privato, nell'orizzonte della loro arché, significa liberare i rispettivi istituti dal luogo topologico in cui sono stati fissati per restituirli ad un uso potenzialmente impregiudicato e inanticipabile. Con un parlare che è tornato di moda e ha colonizzato certe espressioni del dibattito intellettuale degli ultimi tempi significa rilasciare forme e astrazioni (quali sono gli istituti giuridici) in uno spazio d'azione contro-egemonico.

In questa cornice, la contesa tra la rivendicazione di un carattere naturalmente antagonista / competitivo / iniquo del diritto privato (contro il pubblico) e la proposizione di una funzione ad esso ascrivibile, solidarista e cooperativa, abbandona il piano delle dispute puramente ideologiche e dei facili moralismi per tornare ad essere questione morfologica primaria. S-figurare (nel senso propriamente morfologico) le sfere consente sia di far saltare il congegno che ne ha strutturato l'inevitabile rapporto, sia di impugnarne le logiche interne che ne hanno garantito la reciproca sopravvivenza, prima tra le altre, la speculare tecnica di soggettivazione che ha aperto l'accesso al giuridico del collettivo, dei molti, degli uni solo attraverso un processo di individuazione ossia di produzione di un unitario indiviso.

Pertanto, la più dirompente traiettoria di analisi che oggi si dia per risolvere l'interrogazione sul comune, pare quella in base alla quale il

²⁷ Come proposto conclusivamente da Spanò che vede nel diritto civile la sede primaria di rappresentazione del molteplice.

²⁸ Il rinvio è ovviamente alla riflessione filosofico-critica sull'idea di profanazione proposta da Giorgio Agamben; G. AGAMBEN, *Profanazioni*, Nottetempo, Roma 2005.

pensare la giuridicità del comune è innanzi tutto questione morfologica.

3. *Il crepuscolo del diritto biopolitico. Della comunità che viene dalla comunità che resta*

Da ultimo, riconfigurata la forma del Giuridico dal suo interno, è possibile pervenire ad una riqualificazione dei rapporti che essa intrattiene con l'esterno, in particolare con il Politico.

In questa prospettiva, si può parlare, con espressione evocativa, di un crepuscolo del diritto biopolitico, ossia di un diritto naturalmente asservito ad un programma di governamentalità della carnale corporeità dell'umano.

Proprio a partire dalle richiamate sollecitazioni che vengono dalla riflessione sul transumanesimo, dallo sgretolamento della primazia dell'umano disciolta in ambienti di ibrida consistenza, in cui tutto – organismi e materia – è amalgamato in vincoli di necessaria codipendenza, la separazione della vita in forme di vita pare giunta a un punto morto.

L'idea della trans-soggettività, del comune, del molteplice è da declinarsi in prospettiva antispecista: vale non solo e non tanto come superamento della sovranità dell'individuo, ma anche e soprattutto come oltrepassamento del punto di vista squisitamente umano dal quale guardare il reale.

Perciò, al pari della distinzione interna tra pubblico e privato, anche la contrapposizione tra *bíos* e *zoé* va ripensata. Più specificamente (specularmente a quanto sopra si è detto in merito alla relazione tra diritto pubblico e diritto privato) deve essere riconfigurata la forma del loro rapporto, che a partire dalla modernità diviene problematico e viene esibito in un termine, biopolitica, che, se ben si pensa, è l'opposto etimologico del significato che ad esso si pretende attribuire. Se – come si ripete – la prestazione fondamentale del potere è l'apprensione della vita per deciderla come nuda, perché per dire questo si ricorre ad un composto che porta in primo piano il *bíos*, la vita qualificata, e non la *zoé*, appunto, la vita nella sua tenuta biologica, la condizione materiale che è comune all'uomo, all'animale, al vegetale?

La stessa rivisitazione della sovranità, come imputazione formale dell'esercizio del potere e dell'identità soggettiva che essa ha storicamente prodotto, conduce a riscoprire l'eccesso custodito nella *zoé*, il prodigio scandaloso che la rende vita oltre il *bíos* e indifferente al *logos*.

Anche in questo caso, ciò che è stato eccepito perché la relazione topologica moderna tra vita e potere potesse costituirsi torna per disinnescarne il funzionamento.

Anche in questo caso il trapasso di forma, ossia l'aver liberato la vita da una forma-di vita o, il che è lo stesso in positivo, l'aver reso la vita indivisibile dalla forma-di vita è formante costituente di una possibile e nuova ontologia di comunità emancipata dalla soggezione alla logica dialettica di proprio/improprio.

Una riflessione autenticamente ecocritica può, pertanto, sovvertire eversivamente le topologie moderne ed orientare verso una assai più densa e pervasiva idea di comune costruita intorno ad un egualitarismo vitale e materico, antispecista, post-umano.

Nella comunità che viene dalla comunità che resta lo sdoganamento delle morfologie che hanno legittimato una precisa idea di mondo, uomo, diritto riconduce al problema dell'origine del senso. Forse non vi è crisi, ma soluzione nel portare ad emersione l'ontologia dell'incompiutezza che sta alla base di ogni nostra costruzione.

ABSTRACT

Contemporary philosophical, scientific, political, and artistic interrogation appears to be marked by a radical ecological concern that is aimed not only at the ontological reconfiguration of the living environment, but also at the morphological redetermination of disciplinary space and the dissolution of an exclusively anthropocentric vision. Law cannot remain insensitive to these critical solicitations: it must rethink the space of its own inhabitation. In this perspective, the purpose of the essay is to propose the hypothesis of a legal ecocriticism that, based on the acquisitions of literary criticism, translates a new topological morphology. Thus, the internal articulations of law as well as the external relations between legal, political and economic can be reconfigured. The three basic steps discussed from this perspective are the disenchantment of the public law/private law divide; the profanation of the public/private dichotomy; and the twilight of biopolitical law.

Keywords: Ecological Turn; Legal Ecocriticism; Public/Private Law Divide; Biopolitical Law.

Maria Rosaria Ferrarese

*Gli Stati tra pubblico e privato:
il ruolo delle società di consulenza*

SOMMARIO: 1. *Expertise* e privatizzazione – 2. La grande industria della consulenza – 3. Il mutato contesto delle società di consulenza – 4. Sulla fenomenologia delle consulenze. Il caso della Germania – 5. I casi di Francia e Italia – 6. Criticità e problemi – 7. Stati e *consultancy firms*: un rapporto a somma zero?

1. *Expertise e privatizzazione*

Quando si parla di privatizzazione, si parla di un processo multiforme e variegato che sfugge a una facile definizione. Fino a un certo punto essa poteva essere pensata come un processo che era nel controllo degli Stati, poiché consisteva nella cessione di loro poteri e posizioni a favore di privati. In realtà, la privatizzazione, specialmente a livello globale, si è dispiegata come un cambiamento e un piano d'azione molto più vasto, che sommava alle iniziative di liberalizzazione intraprese dai vari Stati per far posto ai privati e alle dinamiche di mercato, anche e soprattutto l'iniziativa di soggetti privati capaci di muoversi a livello transnazionale e di costruire posizioni di potere e regole di comportamento al di là dei tradizionali steccati istituzionali e dei consueti recinti statali. La globalizzazione aveva infatti aperto nuovi spazi di azione per i privati, dove essi potevano muoversi in un vuoto di regole giuridiche e supplire a questo vuoto con proprie iniziative di regolazione o di cosiddetta 'autoregolamentazione'. Rispetto a queste varie iniziative i soggetti pubblici hanno reagito con atteggiamenti di prevalente acquiescenza e, più raramente, con reazioni negative o ostili¹.

Nel caso che esamineremo in queste pagine, ci si trova di fronte a

¹ Prevalentemente gli Stati hanno accettato e fatte proprie le 'normative' varate dai privati, attraverso atti di tacito consenso o di esplicita 'incorporazione'. Reazioni negative o ostili si sono registrate soprattutto nel campo degli investimenti esteri diretti, rispetto ad alcune decisioni arbitrali che penalizzavano pesantemente, e spesso ingiustificatamente, gli Stati, a vantaggio degli investitori.

una situazione leggermente diversa e meno chiara, perché si tratta del reclutamento da parte degli Stati di privati in quanto ‘esperti’, ossia depositari di competenze tecniche e scientifiche da utilizzare per supportare le proprie attività. Il che non sembra configurare alcuna forma di privatizzazione perché il ricorso a professionisti depositari di conoscenze e skills tecniche è del tutto normale per un ente pubblico ed è stato sempre praticato dagli Stati. Basterà far riferimento in proposito al New Deal, che fu contemporaneamente il periodo in cui F. D. Roosevelt cercò di attrarre nel governo le cosiddette ‘teste d’uovo’, mentre al contempo non mancava di reclutare anche alcune competenze esterne². Ed entrambe le tendenze erano rivolte a rafforzare il governo e la sua capacità di azione.

Nel passato, tuttavia, il ricorso a consulenze esterne era sporadico, e non inficiava l’immagine di autosufficienza degli Stati, che contenevano in sé (o presumevano di contenere) tutte le competenze possibili per far fronte ai propri compiti. Oggi le cose stanno diversamente perché da una parte sono cambiati gli Stati, che sono entità più deboli rispetto al passato e, come tali, si rivolgono sempre più spesso a consulenze esterne, dall’altra anche l’attività di consulenza è cambiata, ponendosi in termini di una vera e propria ‘industria’, che è mossa, oltre che da criteri di scienza e conoscenza professionale, da proprie logiche ‘industriali’.

Quello della grande ‘industria della consulenza’³ è un capitolo ancora poco indagato e sconosciuto del grande libro delle privatizzazioni, le cui pagine sono state scritte a partire specialmente dagli anni ‘90 del secolo scorso. Così si viene indotti a scoprire un altro e diverso versante del processo di privatizzazione giuridica, che si configura affidando a soggetti privati che indossano abiti professionali soluzioni e decisioni che, sotto l’etichetta della ‘consulenza’, spesso eludono le coordinate pubbliche di una *governance* democratica.

² H. COON, *Triumph of the Eggheads*, Random House, New York 1955, digitalizzato nel 2006, nella versione edita da University of Michigan.

³ La letteratura sul tema non è molto estesa, ma conta vari contributi. Si vedano, ad es., M. KIPPING, L. ENGWALL (a cura di), *Management Consulting: Emergence and Dynamics of a Knowledge Industry*, Oxford University Press, New York 2002, e TH. ARMBRÜSTER, *The Economics and Sociology of Management Consulting*, Cambridge University Press, Cambridge 2006. Il più recente contributo è il volume di M. MAZZUCATO, R. COLLINGTON, *Il grande imbroglio. Come le società di consulenza indeboliscono le imprese, infantilizzano i governi e distorcono l’economia*, Laterza, Roma-Bari 2023. Assai numerosi sono poi i testi di guida professionale e di consultazione per chi lavora o vuole lavorare nel settore, ma pochi testi di analisi critica del fenomeno. Per una prospettiva sulla ricerca accademica sul tema, si può vedere C. CERRUTI, E. TAVOLETTI, C. GRIECO, *Management consulting: A review of fifty years of scholarly research*, in «Management Research Review», 42, 8, 2019, p. 902 ss.

La privatizzazione può dunque essere vista come una complessa rete di soggetti e iniziative che, a livello statale e a livello internazionale e globale, hanno favorito e promosso l'edificazione di una infrastruttura giuridica a trazione privata in campo economico e finanziario⁴, ma che, sempre più, anche indossando abiti professionali, toccano anche il campo della politica e proprio quelle prerogative che erano al cuore dell'attività statale, inclusa quella legislativa.

La centralità della dimensione professionale nel disegno delle regole che reggono il nostro mondo non è ancora riconosciuta e studiata come merita⁵, ma rispecchia un mutamento che Foucault già intravedeva nella figura dell'intellettuale, che diventa sempre più «specifico», allontanandosi dal ruolo di predicatore di grandi cause universali, e si avvicina piuttosto alla figura dello «scienziato-esperto», che si pone al servizio di cause specifiche e locali⁶.

Questa dimensione professionale è alla base anche delle cosiddette 'società di consulenza', che hanno conquistato spazi sempre più rilevanti, svolgendo ruoli che vanno al di là delle mere tradizionali 'consulenze'. Proprio in quest'area di imprenditorialità di natura professionale si può scoprire un sensibile filone di poteri e competenze esercitato da gruppi professionali organizzati come industrie. Inoltrarsi in quest'area, che non frequentemente viene osservata e messa adeguatamente in evidenza, può dunque essere utile, e persino necessario, non solo per segnalare la presenza di 'nuovi poteri' a livello mondiale⁷, ma anche per aggiungere un tassello alla conoscenza del senso e della direzione dell'evoluzione giuridica e politica del nostro tempo, che appare sempre più impregnata di criteri di mercato.

Le imprese di consulenza contribuiscono dunque alla privatizzazione del mondo prestando servizi che talora sostituiscono il protagonismo tradizionalmente mantenuto dagli Stati nell'assolvere ad alcune sue funzioni, incluse quelle legislative e regolatorie. Così, mentre la cosiddetta 'industria della consulenza' cresce nel mondo a livelli ipertrofici, gli Stati

⁴ Mi permetto di rinviare a M.R. FERRARESE, *Privatizzazioni, poteri invisibili e infrastruttura giuridica globale*, in «Diritto pubblico», 3, 2021. Tutto il numero della rivista contiene importanti contributi dedicati al tema.

⁵ Sul tema rinvio a FERRARESE, *Globalizzazione, comparazione e il ruolo dei giuristi privati: verso un nuovo formante giuridico?*, in *Trento e il diritto comparato/Trento and Comparative Law*, a cura di L. Antonioli, F. Cortese, B. Marchetti, E. Ioriatti, CEDAM, Padova 2024.

⁶ Si veda M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino 1997, p. 23. Su come questa trasformazione abbia inciso in campo giuridico, rimando a FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000, specie p. 49 ss.

⁷ FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, invisibili*, Il Mulino, Bologna 2022.

appaiono sempre più incapaci di reggere tutto il peso dei compiti per cui sono stati creati e per cui esistono.

2. *La grande industria della consulenza*

Anche se la professione di ‘consulente’ è più risalente, e si collega a correnti di pensiero che valorizzavano le potenzialità della conoscenza nel processo di industrializzazione⁸, il fenomeno delle grandi società di consulenza nella sua attuale configurazione si è affermato specialmente nei due ultimi decenni del ‘900, in collegamento con i grandi cambiamenti che investivano il mondo in quel periodo. Il ruolo da esse svolto, dapprima negli Stati Uniti, ebbe una forte accelerazione dalla metà degli anni 80 del ‘900 in poi, coinvolgendo via via vari altri paesi, inclusi quelli europei. Esso è stato relevantissimo anche in tutti i processi di M. & A. che hanno costellato l’industria negli ultimi decenni, così come nel NPM, che era parte integrante dell’invito a «re-inventare lo Stato» promosso da Osborne e Gaebler⁹. Da ultimo, specialmente la pandemia da Covid19 ha fatto registrare una forte espansione del loro reclutamento¹⁰, visto che quasi tutti i governi erano più o meno impreparati a fronteggiare tale emergenza. Oggi sono presenti nuove chiamate alle armi della consulenza: il cambiamento climatico, la digitalizzazione e l’intelligenza artificiale.

Come si è detto, a fruire di consulenze nei settori più diversi sono organizzazioni e soggetti molto diversi, sia privati, sia pubblici, sia del cosiddetto ‘terzo settore’. In queste pagine l’attenzione sarà concentrata sul ruolo che le imprese di consulenza svolgono al servizio di soggetti pubblici, con riferimento specie a funzioni legislative e di *governance*, sia a livello nazionale, sia a livello sovranazionale e internazionale. Le società di consulenza vengono appaltate dagli Stati specie per competenze di carattere

⁸ Si tende a collocare questo tipo di industria «in uno di questi tre periodi: la fine del XIX secolo, con la comparsa degli “ingegneri consulenti” in Europa e negli Stati Uniti; la popolarità della “gestione scientifica” e delle teorie di Frederick Taylor, due decenni dopo; lo sviluppo dei metodi di “contabilità dei costi”, da cui nacque la McKinsey». Così MAZZUCATO, COLLINGTON, *Il grande imbroglio*, cit., p. 36.

⁹ D. GAEBLER, T. OSBORNE, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Garzanti, Milano 1995. Il titolo originale era *Re-inventing government*.

¹⁰ Si veda il forum *Pandemic consulting. How private consultants leverage public crisis management*, a cura di A. Vogelpohl, Ch. Hurl, M. Howard, R. Marciano, U. Purandare, A. Sturdy, in «Critical Policy Studies», 16, 3, 2022, p. 371 ss., consultabile on line.

tecnico e funzionale, o per analisi di impatto di leggi e riforme varate, ma non sono infrequenti i casi in cui esse vengono reclutate anche per far fronte a interi progetti di riforma e programmi politici, o a specifiche emergenze.

L'espansione di questo mercato è avvenuto, notano Mazzucato e Collington, anche grazie ad alcune 'riforme chiave' adottate negli anni della globalizzazione, come la privatizzazione di molte imprese statali e l'introduzione di nuove regole di concorrenza per il settore pubblico, che portarono ad incrementare il ricorso a consulenze esterne, non senza esiti paradossali: Reagan, ad es., affidò a consulenti privati il compito di «stabilire se un certo bene o servizio rappresentava una "funzione intrinseca dello Stato" oppure no», al fine di decidere della sua privatizzazione¹¹.

Nonostante l'importanza del tema, la questione delle consulenze erogate agli Stati non sembra occupare lo spazio e attirare l'attenzione che meriterebbe nel pubblico dibattito e anche nella letteratura accademica. Il tema, tuttavia, per quanto ancora poco noto al grande pubblico, non ha mancato di suscitare preoccupazioni e rilievi, che sono emersi via via soprattutto nei paesi che più hanno visto crescere il fenomeno. Forse il prevalente silenzio di cui il tema gode è funzionale alla espansione ed all'effettività del fenomeno.

Oggi si può parlare di una vera e propria 'industria della consulenza', di cui sono note al grande pubblico soprattutto alcune sigle, a partire da McKinsey (che l'*Economist* ha definito «*the high priests of management consultancy*»), BCG (Boston Consulting Group) e Bay and Company, (altrimenti note come MBB), Deloitte, Accenture, e molte altre, che macinano cifre da capogiro e mostrano un'inarrestabile tendenza alla crescita e all'espansione. Basti dire che il valore complessivo di questa industria ha raggiunto i 374 miliardi di dollari nel 2023. Altrettanto indicative sono le cifre dei guadagni realizzati specie dalle imprese più importanti, che sono state di 34 miliardi di dollari nel 2023 nel caso di Accenture Consulting, che ha capeggiato la lista, e di 25 miliardi nel caso di Deloitte, che è seconda in classifica¹².

Il coinvolgimento di professionisti privati in compiti di natura pubblica avviene sotto l'etichetta della 'consulenza': questo era esattamente il tipo di funzione che i professionisti svolgevano all'inizio, prima di organizzarsi come una vera e propria industria, che produce e vende conoscenza e *know how*. Questa trasformazione, che vede il connubio tra competenze

¹¹ MAZZUCATO, COLLINGTON, *Il grande imbroglio*, cit., p. 52.

¹² È bene precisare che l'ordine di importanza delle varie imprese è variabile e risente di fattori di prestigio, notorietà, entità dei profitti, ecc. e le fonti reperibili in internet rispecchiano questa variabilità.

professionali e *ratio* industriale, è ben nota ai giuristi perché ha condotto negli Stati Uniti alla creazione e al successo delle *law firms*, il cui ruolo è stato fondamentale nel processo di globalizzazione giuridica¹³ e nello spostamento della razionalità giuridica verso quella che Katharina Pistor ha chiamato «il codice del capitale»¹⁴. E già le *law firms* prospettavano il nuovo protagonismo della figura del giurista ‘esperto’, pronto a servire i bisogni del mercato, piuttosto che le istituzioni pubbliche.

Di fronte a tale trasformazione, occorre chiedersi se gli esperti che lavorano per le grandi imprese della consulenza, chiamati in causa dagli stessi governi in soccorso allo svolgimento di funzioni legislative e regolatorie nei settori più diversi, pur indossando vesti professionali, quando diventano co-legislatori e co-regolatori in varie aree, di dimensione sia nazionale, sia globale, non rispondano ormai anche a una razionalità di tipo industriale. L’etica professionale impone di servire l’affrancamento del ‘cliente’ dai suoi problemi, così che possa fare a meno del sostegno del professionista, mentre l’industria tende a promuovere strategie che aumentino le possibilità di futuri acquisti dei propri prodotti, piuttosto che a mortificarle, ed anzi a ‘fidelizzare’ il cliente.

Intesa in senso tradizionale, la consulenza presupponeva non solo interventi per lo più di tipo meramente tecnico e gestionale, ma anche una temporaneità e una sporadicità dell’intervento consultivo: due condizioni che non permettevano di inficiare la situazione di autosufficienza dell’ente pubblico. Tra l’altro, la sporadicità e il fine limitato dell’intervento permettevano anche una più facile possibilità di verifica dell’utilità dell’apporto professionale dato e dei suoi frutti. Oggi, per le modalità con cui si svolgono molte attività di consulenza sollecitate dagli Stati, non sembra di trovarsi in una situazione simile a quella del passato e i ‘servizi professionali’ delle *consultancy firms*, pur restando sotto l’etichetta della ‘consulenza’, in realtà in molti casi sembrano testimoniare una perdita di buona parte dei caratteri del passato, come le pagine che seguono tenderanno a mettere in luce.

¹³ Rimando in proposito a FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, cit.

¹⁴ K. PISTOR, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza* (con postfazione di F. Di Ciommo, S. Di Nola e M. Vatiere), Luiss University Press, Roma 2021. Su questo importante contributo, mi permetto di rimandare a FERRARESE, *Il capitale e il tocco magico del diritto. Storie e protagonisti secondo Katharina Pistor*, in «Pol. dir.», 50, 4, 2019, p. 659 ss.

3. *Il mutato contesto delle società di consulenza*

L'odierna e costante espansione dei servizi professionali resi dall'industria della consulenza rispecchia una situazione notevolmente diversa da quella del passato, per varie cause. Tutte queste cause stanno sullo sfondo di un contesto generale di affermazione, come si è già accennato, di una ratio di tipo industriale, ossia sensibile a criteri di mercato e di profitto, a cui le odierne 'consulenze' tendono a rispondere.

Oltre che ragioni legate alla trasformazione di tipo industriale che ha riguardato il mondo delle consulenze, per spiegare le differenze rispetto al passato e la forza acquisita dal mondo della consulenza organizzata sono rilevanti anche vari altri aspetti. Innanzitutto il mutato contesto sociale, oggi caratterizzato da maggiore complessità delle questioni sociali, politiche e tecniche che gli Stati si trovano ad affrontare nella situazione odierna. L'espansione dei servizi di consulenza rientra pienamente nei parametri delle società nostre post-moderne, caratterizzate da forte complessità sociale e politica¹⁵ e da continui avanzamenti nella scienza e nella tecnica, nonché da conseguenti bisogni di continuo aggiornamento, ri-adattamento, ecc..

La difficoltà per un decisore pubblico di tenere sotto controllo le tante variabili che sono presenti nel contesto odierno viene acuita dal fatto che il quadro complessivo è non solo fortemente internazionalizzato, ma anche costantemente esposto al cambiamento. In un quadro così complesso e irrequieto, può essere utile o addirittura necessario attingere anche a conoscenze esterne rispetto a quelle di cui i pubblici organismi dispongono in proprio, specie dopo le varie cure dimagranti a cui essi sono stati sottoposti negli ultimi decenni.

Una ulteriore causa sta nell'evoluzione organizzativa delle stesse società di consulenza, che costituiscono ormai delle potenze mondiali, capaci di cumulare varie risorse e capacità. Non solo notevoli risorse finanziarie, ma anche risorse di conoscenza, di organizzazione, e persino di ricerca, che le portano a organizzare in stile 'simil-accademico' programmi di formazione interna del proprio personale sui temi più attuali, oltre che la pubblicazione di libri di *management*, che spesso diventano dei *best-seller*, anche di varie riviste che portano i loro nomi¹⁶. Così esse hanno conquistato anche

¹⁵ Al tema della complessità E. Morin ha dedicato particolare attenzione. Si veda E. MORIN, *La sfida della complessità*, Le lettere, Firenze 2017 (nuova edizione a cura di A. Anselmo e G. Gembillo).

¹⁶ La rivista «McKinsey Quarterly» data addirittura dal 1964 e nel 2007 fu creata la «Deloitte Review», divenuta in seguito «Deloitte Insights». Traggio queste informazioni dal volume di Mazzucato e Collington, p. 123.

una enorme capacità di promuovere la propria immagine e di accreditarsi come dei *think tank* estremamente affidabili, talora al di là delle loro effettive capacità, cosicché, anche in caso di insuccessi conclamati, hanno mezzi capaci di attutire la caduta e ridurre i danni di immagine. E tutto ciò, mentre le università pubbliche, che certo non potrebbero svolgere lo stesso ruolo delle società di consulenza, anche in Europa sono state invece sempre più trascurate come possibili e più neutrali fonti di approvvigionamento di conoscenza, per pubblici servizi. Anzi talora esse sono state paradossalmente qualificate come soggetti che incorrono in vari limiti nel partecipare ad appalti pubblici sulla base dell'esclusivo riferimento al diritto della concorrenza nei suoi vari risvolti (*public procurement, State aid, public service obligations* ecc.)¹⁷.

Ad accrescere il successo delle imprese di consulenza contribuisce infine anche il fatto che molte di esse funzionano come dei 'supermercati della consulenza', dove si può trovare la risposta quasi a ogni richiesta. Specialmente alcune società cumulano, più o meno credibilmente, conoscenze in quasi tutti i campi. Dalle questioni tecnologiche ed energetiche, o relative a intelligenza artificiale, trasporti e infrastrutture, così come all'ecologia ambientale, fino a quelle relative alla difesa o all'ingegneria, alla pianificazione urbana e alle avventure spaziali, le società di consulenza più accreditate offrono un ventaglio di servizi quasi senza vuoti.

L'idea è insomma che esse possano offrire soluzioni per ogni tipo di problema e per ogni tipo di 'cliente', cosicché si presentano al contempo come prive di una specializzazione, ma estremamente accurate e specializzate in tutto quello che fanno. A confermare la tendenziale totalità dei settori di conoscenza coperti (con la sola eccezione della contabilità), molte imprese offrono consulenze e servizi relativi anche al terzo settore e al settore pubblico (*Social & Public sector*), nell'intento di «migliorare la vita dei cittadini in tutto il mondo, aiutando a realizzare gli obiettivi più impegnativi»¹⁸. Proprio questa mancanza di specializzazione sembra

¹⁷ Rimando in proposito a V. ZENO-ZENCOVICH, *The Status of Universities in EU Law*, in «Comparative Law Review», 4, 2, 2013, p. 1 ss. dove tale qualificazione emerge a seguito di alcuni casi giudiziari discussi davanti alla ECJ. L'A., oltre a ricordare che le Università «have enshrined a European model of the creation of knowledge and of transnational communities of scholars», ricorda che esse fruiscono fin dal Medio Evo di uno speciale statuto, del quale la ECJ dovrebbe tenere conto quando decide sulla possibilità che esse eroghino consulenze e servizi a favore di soggetti pubblici.

¹⁸ L'intento di «Improving the lives of citizens worldwide by helping solve the most pressing economic and social challenges» compare nella *home page* della McKinsey and Company, e viene ulteriormente precisato e sviluppato nel *Social Responsibility Report* del 2020, che include anche le questioni razziali.

accomunarle in qualche modo al ruolo che era proprio degli Stati, che erano capaci di contenere al proprio interno le doti di conoscenza e professionalità per misurarsi con vari temi e problemi, e di poter realizzare ogni obiettivo sotto l'ombrello della cosiddetta 'onnipotenza del legislatore'.

Ovviamente il contesto politico e la veste istituzionale delle imprese di consulenza sono del tutto diversi rispetto agli Stati. Esse non si pongono come ambiti di potere, ma si accreditano come ambiti di conoscenza professionale, pronti a fornire aiuto attraverso estese capacità di *know how*, aderendo a quello spirito *problem-solving* che è tipico del nostro tempo. Ma è sempre più evidente che spesso esse svolgono, su richiesta degli stessi governi, un ruolo di *governance* e compiti di rilievo giuridico e politico che hanno ampi effetti di natura pubblica e collettiva.

Il fenomeno si iscrive perfettamente nella costellazione di cambiamenti suggeriti dalle teorie neo-liberali¹⁹, che tendevano a depotenziare le istituzioni pubbliche e le dinamiche a trazione democratica. In tal senso esso interroga i parametri di una normalità democratica, e richiede maggiore ricerca e più analisi critiche.

Il dato sulla crescente affermazione dell'industria della consulenza va messo infatti in connessione con il contestuale crescente indebolimento delle capacità degli organismi pubblici che si è verificato negli ultimi decenni. Sul tema si tornerà nel paragrafo finale, ma già ora questo aspetto merita di essere introdotto come un corrispettivo della incessante crescita degli organismi di consulenza. L'indebolimento è dovuto sia a cause culturali, legate spesso a un minore livello di preparazione culturale delle attuali classi politiche rispetto a quelle del passato, sia a cause finanziarie connesse alle crescenti cure dimagranti a cui le finanze di Stati e organismi pubblici sono state sottoposte negli ultimi decenni, in regime di capitalismo finanziario, specialmente in Europa, in nome dell'austerità.

Il dubbio che questo fenomeno possa essere facilmente ascritto ad una normalità democratica non può essere facilmente eluso. Ma ciò non significa che le società di consulenza non possano avere un ruolo da svolgere a beneficio anche di istituzioni pubbliche, specialmente quando si tratta di fornire conoscenze in settori che hanno una forte impronta tecnica e professionale, al fine di dotare di corrette conoscenze le decisioni politiche. Ma sull'uso così esteso e pervasivo che oggi si fa di tali 'consulenze' da parte di Stati e di altri organismi pubblici non possono non sorgere perplessità e interrogativi di fondo, che emergeranno via via in queste pagine e che saranno ripresi nei paragrafi finali.

¹⁹ R. PRINCE, *Economies of Expertise: Consultants and the Assemblage of Culture*, in «Journal of Cultural Economy», 8, 5, 2015, p. 582 ss.

4. Sulla fenomenologia delle consulenze. Il caso della Germania

La fenomenologia delle consulenze richieste dai governi è molto varia e ricca e, nonostante alcuni profili piuttosto problematici, riguarda ormai quasi tutti i paesi, inclusi quelli europei. Le pratiche di esternalizzazione (*outsourcing*) di compiti propri di chi è in posizioni di potere statale, con l'investitura di parti private, sono piuttosto frequenti e far svolgere compiti o richiedere servizi che in precedenza erano una responsabilità del personale interno alle istituzioni pubbliche rappresenta ormai un fenomeno sempre più diffuso.

Naturalmente l'aiuto richiesto dai governi ai consulenti esterni può essere di varia importanza e più o meno accettabile, a seconda della condizione dei paesi che lo richiedono²⁰, e soprattutto a seconda che riguardi profili secondari o meramente tecnici dell'attività pubblica, o investa invece anche la sostanza politica di tale attività. Le consulenze richieste dai governi assumono un tratto decisamente paradossale, e persino inquietante, quando riguardano questioni propriamente politiche, che sono al cuore stesso delle funzioni pubbliche. Come si è detto, specialmente le consulenze per soccorrere i governi in tema di legislazione, o per varare importanti riforme, presentano un profilo particolarmente critico perché la funzione legislativa era a fondamento dell'attività statale. E sorge il quesito sul perché soggetti privati, tendenzialmente privi non solo di legittimazione, ma anche di formazione e cultura politica, possano e debbano avere voce in capitolo su questioni politicamente sensibili, senza mettere in discussione il modello democratico. La questione si pone specialmente nel caso di consulenze richieste da Stati europei. Le esperienze in proposito di Germania e Francia sono particolarmente indicative perché riguardano due paesi che hanno fatto entrambi un uso alquanto pervasivo di interventi delegati a soggetti esterni, ma neanche l'Italia è estranea a tali ricorsi.

In Germania si è parlato di «*hidden legislators*» per segnalare un vero e proprio processo di «*outsourcing*» delle funzioni legislative²¹, più volte avvenuto attraverso l'affidamento ad 'esperti' non solo del compito di elaborare aspetti tecnici e laterali di interventi legislativi, ma dell'intero processo di *drafting* di leggi che si volevano approvare. In particolare è da

²⁰ Il riferimento è anche all'attrezzatura istituzionale di cui i paesi dispongono. Ad es., paesi con una struttura statale recente e ancora carente potrebbero avere una giustificazione maggiore nel ricorrere ad aiuti esterni.

²¹ S. HABERL, *I legislatori occulti. Outsourcing legislativo ed espertocrazia nell'ordinamento tedesco*, in «Pol. dir.», 3, 2018, p. 431 ss. L'articolo va segnalato come uno dei primi contributi sul tema in Italia.

ricordare un episodio del 2009, divenuto noto come caso Linklater, che fece particolarmente scandalo, in cui l'intero progetto di *drafting* legislativo redatto da una società di consulenza divenne di pubblico dominio nella versione su carta intestata della società consultiva con cui era stata consegnata al governo. Grazie alla *gaffe* commessa dal ministro che la fece circolare, la vicenda divenne nota, suscitando un vivace dibattito. Ma fino al 2009 già più di 60 leggi erano state redatte grazie alla collaborazione di consulenti esterni²².

Come mette in risalto l'A., anche se alcuni considerano questi cosiddetti *Gesetzgebungs outsourcing* come un semplice strumento per rendere effettiva la *governance*, il fenomeno non può essere ascritto ad una normalità democratica, e non si possono ignorare vari effetti negativi che ne derivano, specialmente in termini di rischi di conflitti di interesse, oltre che di distorsione della delega politica.

Sotto il primo profilo, non è ingiustificato il timore che sugli studi legali o sulle società di consulenza investite di questi compiti si faccia sentire l'influenza degli interessi dei loro clienti – «precedenti, attuali e futuri»²³: tre tipologie che potrebbero non coincidere, e rappresentare interessi che sono in conflitto con esigenze di natura pubblica e collettiva.

Sotto il secondo profilo, in un processo legislativo amministrato da soggetti che non sono legittimati democraticamente e la cui neutralità può essere spesso dubbia, esiste poi un rischio di natura politica, che tocca direttamente il tema della rappresentanza. Se gli organismi politici sono chiamati, nell'esercizio delle funzioni legislative, a rispettare una rappresentanza degli interessi, per quanto possibile, equilibrata, si può dubitare che soggetti privati, che esercitano forme di professionalità contigue a grandi interessi economici e finanziari, siano attrezzati per dare tali risposte equilibrate ai problemi che sono in gioco. Ci si troverebbe insomma di fronte a una sorta di invisibile e tacita forma di *lobbying*, che non avrebbe neanche bisogno di esplicitarsi nelle forme tradizionali.

Come osserva Haberl, tutto ciò rafforza i timori che si realizzi anche una «trasformazione epocale» della forma di Stato, che conduce «dalla gerarchia alla eterarchia, e dall'autorità direttiva ad una composizione policentrica»²⁴, e implica «*governance* anziché *government*, e *Kanzleiendemokratie* (democrazia degli studi legali) anziché *Kanzlerdemokratie* (democrazia del cancelliere)»²⁵.

²² *Ivi*, pp. 436-37.

²³ *Ivi*, p. 439.

²⁴ *Ivi*, p. 438. Qui Haberl sta citando H. WILLKE, *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*, Suhrkamp, Berlin 1996, p. 173 ss.

²⁵ HABERL, *I legislatori occulti*, cit., p. 438.

5. I casi di Francia e Italia

Sorprende ancor più che l'affidamento di compiti di *drafting* legislativo a società di consulenza private abbia trovato spazio anche in un paese come la Francia, dove lo Stato moderno fu inventato e prese inizialmente forma, e dove l'idea del diritto pubblico come entità dottrinale autonoma prese corpo per la prima volta. Naturalmente siamo lontani dall'idea napoleonica che le istituzioni siano «massi di granito» quasi indelebili e l'idea che lo Stato possa essere coinvolto in un percorso di riforme delle sue istituzioni non è sorprendente²⁶. Ma il fatto che anche la Francia abbia ceduto all'idea di affidare delle riforme dello Stato a società di consulenza mette di fronte a una cesura importante: nel 2018, la *Direction interministérielle de la transformation public* del governo francese, creata proprio per avviare una trasformazione dello Stato, firmò un primo schema contrattuale per affidare ad alcune società di consulenza il compito di rinnovare l'immagine della pubblica amministrazione francese, e per introdurre tagli alle spese di cui essa poteva disporre.

Il governo Macron si è mostrato particolarmente favorevole a questo tipo di soluzione, promuovendo, tra l'altro, una molteplicità di 'accordi-quadro', che permettono ai ministeri di disporre di una sorta di abbonamento a svariate forme di consulenza a prezzi più bassi. Questi 'supercontratti' sembrerebbero una soluzione positiva, dato l'abbassamento dei costi, ma allo stesso tempo hanno indotto l'amministrazione francese a comportarsi da «consumatore compulsivo», come ha osservato criticamente *Le Monde*²⁷, moltiplicando il numero di consulenze richieste, e allontanandosi sempre più dall'obiettivo iniziale, che era di contenimento delle spese. D'altra parte, su questo tipo di collaborazione con le imprese di consulenza si è instaurato un clima di opacità, che rende spesso difficile ottenere le informazioni²⁸.

²⁶ Com'è stato notato, «selon la formule napoléonienne, des 'asses de granit' furent mises en place; elles représentaient les références de la perfection administrative. Ces nouvelles institutions décrites comme inébranlables devaient traverser les âges et servir de modèles pour l'Europe. On retrouve ici l'une des vocations à l'universel de la France, à savoir être admirée, pour être imitée par le reste du monde». Così CH. MENGÈS-LE PAPE, *La réforme de l'administration en France entre méthode et enjeux*, in «Rocznik Administracji Publicznej», 2, 2016, p. 443 ss.

²⁷ A. SÉNÉCAT, M. VAUDANO, *Comment l'Etat s'est piégé lui-même dans le supermarché des consultants*, in «Le Monde», 10 luglio 2023.

²⁸ «Le Monde a fait l'expérience directe de ce verrouillage de l'information en sollicitant le détail de quelque 1 500 missions de conseil externe menées de 2017 à 2022 auprès d'une quarantaine de ministères et d'opérateurs de l'Etat. Notre demande, qui remonte à février 2022, s'appuie sur la loi de 1978, qui garantit l'accès du public aux documents de l'Etat».

Tutto ciò può sembrare sorprendente anche per un'altra ragione: la burocrazia francese ha sempre goduto di grande prestigio professionale non solo in patria, ma anche presso altri paesi ed era considerata un modello da imitare, così come l'*École National de l'Administration* in cui avveniva la formazione di molti dei più importanti alti funzionari pubblici e politici francesi. Com'è noto, la stessa ENA è stata invece sottoposta a riforma, nell'ambito di un progetto complessivo di ridisegno dello Stato, in cui la burocrazia perde l'immagine forte che aveva nel passato, fino al sospetto che «la fragilisation des administrations est travaillée dès la formation des fonctionnaires, pourtant considérée depuis Max Weber comme un des éléments constitutifs de la domination bureaucratique. Bien entendu, il ne faudrait pas rabattre sur ces écoles l'ensemble des transformations de l'État»²⁹.

Come si è arrivati a questo esito? Dopo l'apertura nel 2022 di due inchieste rivolte a chiarire le «conditions d'intervention de cabinets de conseil dans les campagnes électorales de 2017 et 2022», Julie Gervais, maîtresse de conférences à Sciences Po, Paris 1, e co-autrice di un volume dal titolo *La valeur du service public*³⁰, audita dalla commissione di inchiesta del Senato a proposito dell'influenza esercitata dalle società di consulenza, ha fornito una sua spiegazione. Ha affermato che la fascinazione che oggi esercita il privato viene promossa da quella che definisce una «noblesse managériale public-privée»: persone collocate negli alti ranghi della pubblica amministrazione, che tuttavia, in una forma di rinnovato *pantouflage*, fanno esperienze ripetute anche nel privato. Al contrario che nel passato, infatti, proprio le esperienze nel privato avvantaggiano la loro carriera e incrementano il loro prestigio. E sono proprio questi alti esponenti dell'aristocrazia burocratica a promuovere il reclutamento di società di consulenza esterne³¹.

Anche l'avvio della campagna vaccinale francese fu organizzato da McKinsey, e il suo iniziale insuccesso fu motivo di grande clamore. Tra marzo 2020 e febbraio 2021 il Ministero della salute firmò ben 28

Così SÉNÉCAT, VAUDANO, *Le gouvernement freine toujours la transparence sur les cabinets de conseil*, in «Le Monde», 11 luglio 2023, reperibile on line.

²⁹ Così O. QUÉRÉ, *Les fonctionnaires ont-ils encore leur mot à dire?*, in «AOC (Analyse Opinion Critique)», 31 maggio 2022, reperibile on line.

³⁰ J. GERVAIS, C. LEMERCIER, W. PELLETIER, *La valeur du service public*, La Découverte, Paris 2021. Il volume è un atto di accusa verso gli interventi che, in nome della 'modernizzazione' tendono a denigrare e riformare il servizio pubblico.

³¹ Sul tema si può vedere VAUDANO, J. BARUCH, V. NOUVET, *Pantouflage: la grande transhumance vers le privé des conseillers du quinquennat d'Emmanuel Macron*, in «Le Monde», 6 gennaio 2023.

contratti con 6 diverse società di consulenza, per affrontare l'emergenza da Covid 19, anche se queste aziende non avevano prolungate esperienze di campagne vaccinali e «tendevano a importare modelli operativi usati in altri settori, che non sempre funzionavano nell'ambito della sanità pubblica»³². Ma il ricorso alle società di consulenza per la pandemia non fu un'esclusività francese e riguardò molti altri paesi, a partire da Stati Uniti e Gran Bretagna.

Fermo restando che la capacità di fascinazione del privato e delle privatizzazioni è diffusa e ricorrente in vari paesi, a seguito dell'incessante *battage* neo-liberale in favore delle sue capacità, anche altre cause possono indurre i soggetti pubblici a rivolgersi a società di consulenza. Può essere la scarsa preparazione del personale pubblico, che si può riscontrare specie in paesi in cui l'edificazione statale è recente, o può essere l'urgenza di realizzare un certo iter, alla quale si teme che il personale statale sia impossibilitato o incapace di corrispondere.

L'urgenza di portare a termine un certo iter, ad esempio, nel 2021, indusse anche l'Italia, durante il governo Draghi, per iniziativa del Ministero degli affari economici, a rivolgersi alla McKinsey, per completare le procedure richieste per il PNNR, che rischiavano di incorrere in pericolosi ritardi. Va detto che quell'intervento richiesto, che rispondeva a un profilo tecnico di *project management*, comportò una spesa piuttosto esigua, di 25.000 euro, mentre ben più consistenti travasi di danaro erano effettuati dalle casse di vari ministeri³³, e soprattutto da CDP (Cassa deposito e prestiti), sotto la guida dell'ad Giovanni Gorno Tempini, di ben 4,5 milioni di euro per 'servizi di consulenza strategica, gestionale e aziendale'.

Al di là di questi esempi, molti paesi di tutto il mondo fanno ricorso a

32

³³ In base a un *reportage* giornalistico, «al ministero dell'Istruzione lavorano circa ottanta consulenti della Pricewaterhouse advisory (Pwc) per un contratto di 30 milioni come assistenza alla spesa dei fondi del Piano operativo nazionale che per il comparto dell'istruzione vale oltre 1,2 miliardi. Sono gli uomini della Pwc che si occupano di assicurare la verifica e il controllo sui progetti». Al Miur un altro contratto di consulenza esterna ce l'ha la società Nova srl per 56 milioni di euro. Al ministero delle Infrastrutture la gara per l'assistenza dei piani 'reti e infrastrutture' è stata aggiudicata alla Deloitte, insieme a Pwc, per 9 milioni di euro. E, ancora, all'Agenzia per la coesione territoriale ci sono gli uomini di Ernst&Young con gara vinta da 30 milioni e una cinquantina di consulenti. Pwc ha poi vinto la gara nei ministeri del Lavoro, dei Beni culturali e dell'Interno con un'altra gara da 28 milioni di euro, mentre i consulenti Deloitte sono anche nelle principali regioni del Sud, dalla Calabria alla Sicilia, dopo essersi aggiudicati il bando da 28 milioni per l'assistenza sui fondi Ue». Così A. Frascilla, *Recovery, così gli uomini delle grandi società consulenza indirizzeranno la spesa dello Stato*, in «L'Espresso», 5 aprile 2021.

consulenze esterne di diversa importanza ed entità. Anzi è da segnalare che non solo i governi, ma anche la stessa Commissione europea vi ha fatto ricorso più volte per portare a termine alcuni obiettivi. In proposito è da segnalare anche un problema di notevoli costi che è emerso. Basti pensare che tra il 2017 e il 2020 la Commissione europea avrebbe stipulato oltre 8.000 contratti per consulenze esterne, con una spesa di circa 2.7 miliardi di euro, per servizi vari, che includono consulenze, studi, valutazioni e ricerca. Una più recente ricerca commissionata dal Policy Department for Budgetary Affairs del Parlamento europeo ha rilevato che tra il 2014 e il 2021 la spesa è stata di 6.4 miliardi, un ammontare che equivale al 44% di tutte le spese per contratti di servizio effettuati in quel periodo³⁴.

6. Criticità e problemi

Nelle pagine precedenti sono già emersi vari problemi e rischi di carattere politico, giuridico e finanziario che si pongono per gli Stati in relazione alla loro crescente domanda di consulenze private in settori politicamente sensibili. Data l'importanza del tema, è tuttavia il caso di riprenderli in maniera più organica, e di arricchirli con ulteriori notazioni e argomenti.

In primo luogo, vi è il rischio che si configurino forme di depotenziamento democratico, conferendo poteri decisionali a soggetti che mancano di legittimazione per assumere decisioni su questioni di pubblico interesse. In secondo luogo, vi è un notevole rischio di conflitti di interesse, visto che le imprese di consulenza sono portatrici di interessi che possono confliggere con il cosiddetto interesse 'pubblico'. In terzo luogo, vi è un rischio relativo a possibili casi di incompetenza delle società e di pareri sbagliati e di possibili danni che ne derivano. *Last, but not least*, vi è il tema degli alti

³⁴ Si veda il Rapporto redatto per conto del Policy Department for Budgetary Affairs del Parlamento europeo, *The European Commission's use of consultants in preparing legislation*, 2022. Lo studio illustra un ricorso a consulenti esterni di entità costante tra il 2014 e il 2021, e un affidamento a soggetti vari: non solo le cosiddette 'big four', ma anche «smaller companies that specialise in EU policy-related work, research institutes and universities, as well as individual experts» (p. 7). Nel complesso dell'uso dei consulenti fatto dalla Commissione emerge una valutazione generalmente positiva, che si differenzia dalle meno positive conclusioni a cui era giunto un precedente Rapporto speciale redatto per l'ECA (European Court of Auditors), che esaminava un più ampio numero di aspetti, piuttosto che focalizzarsi solo sulle attività di supporto alla legislazione e al *policymaking*, che sono rette da controlli e regolazioni più stringenti, specie in tema di *better regulation*.

costi³⁵ che i servizi attinti all'esterno della struttura pubblica comportano: alti costi che vengono regolarmente previsti nei budget pubblici, proprio quando il mantra del contenimento della spesa pubblica e dell'austerità è diventato un must per tutti i governi.

Il primo rischio, di natura politica, è anche il più evidente, ed è quello di dar vita ad una «consultocrazia»³⁶, chiamata ad assumere decisioni di pubblico rilievo senza avere alcuna legittimazione per farlo. Il termine fu introdotto già negli anni '90 da Hood and Jackson³⁷, per poi essere definito da Craig & Brooks come «un processo per il quale consulenti non eletti stanno rimpiazzando il dibattito pubblico condotto da politici che sono politicamente responsabili»³⁸.

Il tema ha almeno due versanti. In primo luogo, si tratta di capire se e quando la consulenza diventa non semplice erogazione di un parere tecnico, ma assunzione di poteri decisionali. Naturalmente quando si parla di un apporto di conoscenze non è semplice distinguere tra i due volti che esso può assumere: un volto in termini di pura fonte di informazione, rivolta a servizi funzionali, o a ricognizioni puramente tecniche, o invece il volto di una conoscenza molto più pervasiva, che penetra e condiziona la stessa sostanza politica della decisione da assumere. Certamente nel passato, quando gli Stati avevano ben altra forza rispetto a oggi, prevaleva il primo volto, che del resto si associava alla scarsità del ricorso a consulenze esterne allo Stato, nonché ad una diversa organizzazione dei cosiddetti 'esperti', che non aveva carattere industriale e manteneva un profilo essenzialmente professionale. Tutto sembrava insomma coerente con un contesto di autosufficienza degli Stati, almeno di quegli Stati che disponevano degli organismi e delle competenze adatte.

È vero che le società di consulenza agiscono sulla base di una 'investitura' da parte di soggetti pubblici, che di solito è confezionata in forme contrattuali. Ma con un contratto non si può dare luogo a una sorta di 'delega legislativa' come quella che talora sembra prendere forma

³⁵ Va detto che le imprese di consulenza usano politiche dei prezzi variabili, sensibili a strategie di allargamento del mercato, o anche di legittimazione della propria testata: sono capaci di attrarre con bassi prezzi i 'clienti' meno capienti o interessati, e persino di lavorare *pro bono*, quando è il caso, ma anche di estrarre gradi risorse finanziarie ogni volta che possono. Mazzucato e Collington forniscono vari esempi in proposito.

³⁶ Il termine fu coniato già negli anni '90. Si veda M. YLÖNEN, H. KUUSELA, *Consultocracy and its discontents: A critical typology and a call for a research agenda*, in «Governance», 32, 2, 2019, p. 241 ss.

³⁷ C. HOOD, M. JACKSON, *Administrative argument*, Aldershot, Dartmouth 1991.

³⁸ D. CRAIG, R. BROOKS, *Plundering the public sector*, Constable and Robinson, London 2006.

con le consulenze. Il potere legislativo non è delegabile e le ipotesi di delega legislativa comunque sono amministrate da regole severe e non possono operare a vantaggio di soggetti estranei allo Stato³⁹. Del resto, i primi esperimenti di cosiddetta *'delegated legislation'* negli Stati Uniti, benché questa operasse a vantaggio di agenzie amministrative, e dunque di organismi pubblici, che inauguravano l'avventura del diritto amministrativo americano, suscitarono molte perplessità ed un ampio dibattito tra i giuristi del tempo⁴⁰. Oggi non accade nulla di simile, anche quando, come si è visto, l'intero *drafting* di una legge o di un processo di riforma venga affidato a soggetti esterni, come se si trattasse di una questione di pura competenza professionale e tecnica, priva di rilievo politico.

Vi è poi un secondo rischio, anche questo abbastanza evidente, di potenziali conflitti di interesse. Il tema è già emerso nelle pagine precedenti, ma merita di essere ripreso perché si presenta in forme articolate e complesse. Vi è un doppio versante che espone le società di consulenza sotto questo profilo. In primo luogo, vi è un tema di possibili conflitti di interesse rispetto ad esigenze e domande di altri clienti 'passati, presenti e futuri', che potrebbero influire sulla soluzione proposta dagli esperti. Un caso significativo e tutt'altro che raro, è, ad esempio, quello in cui una società di consulenza serve una pubblica istituzione impegnata in progetti di ecologia ambientale, ma al contempo anche imprese che tendono a preservare e a promuovere la sopravvivenza di attività che producono sostanze inquinanti.

Le società di consulenza, nonostante proclami e annunci pubblicitari, non rispondono ad una visione valoriale e tendono a erogare pareri e consigli sulla base delle esigenze e delle richieste dei vari 'clienti'. D'altra parte, esse operano a vantaggio di un mondo profondamente intriso di valori e tendenze neo-liberali, prevalentemente ostili al pubblico, e tutto ciò può avere influenza sul loro *modus operandi*, specie se il contratto prevede un affidamento a maglie larghe. In tal senso, è da riprendere la sottolineatura di Mazzucato e Collington quando ribadiscono la contiguità delle società di consulenza all'attuale capitalismo in cui prevalgono «le privatizzazioni,

³⁹ Basterà citare in proposito l'articolo I, Section 1 della Costituzione americana: «All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives. A rigid application of separation of powers would prevent the lawmaking branch from divesting itself of any of its power and conferring it on one of the other branches». È vero tuttavia che «the doctrine is not so rigidly applied as to prevent conferral of significant authority on the Executive Branch».

⁴⁰ Rimando in proposito a FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino 1992.

la riforma gestionale, il *private financing*, le esternalizzazioni dei servizi pubblici, la digitalizzazione e l'austerità», fino al punto che si potrebbe dire che la storia della moderna industria della consulenza, in definitiva, coincide con la storia dell'attuale capitalismo, di cui «ha saputo cavalcare tutte le tendenze»⁴¹.

Un terzo rischio riguarda la questione di quanto realmente queste società siano sempre professionalmente attrezzate per fronteggiare tutte le varie criticità di cui sono investite. Questo rischio esiste sempre quando si attinge a competenze professionali disponibili nel mercato. Ma nel caso in cui il 'cliente' è uno Stato o un altro soggetto pubblico, le conseguenze di soluzioni inefficaci o sbagliate hanno ricadute di tipo collettivo, sia di tipo sociale, sia di tipo finanziario, che nelle società democratiche richiedono una qualche forma di responsabilità. Tuttavia non sembra che in generale le società di consulenza vengano chiamate a rispondere del loro operato, sia perché «i contratti non sono regolamentati in modo rigoroso», sia perché talora «è impossibile individuare in anticipo i rischi che può comportare un'esternalizzazione»⁴². Anzi, per lo più, anche a fronte di alcuni clamorosi insuccessi delle ricette suggerite dagli 'esperti', manca il momento della verifica dei risultati raggiunti rispetto alle soluzioni proposte dai consulenti. In altri termini, si potrebbe dire che questi, anche quando di fatto assumono decisioni con sostanza politica, sono esenti non solo da responsabilità politica, ma anche da responsabilità professionale.

D'altra parte, anche un possibile danno di reputazione derivante da un insuccesso può essere facilmente aggirato o sminuito da imprese che dispongono di risorse economiche, di propaganda e di relazioni anche politiche che sono immense. Ciò sembra giustificare l'affermazione per cui «l'industria della consulenza ha dimostrato di essere un ottimo strumento per estrarre rendite, non solo perché il valore dei contratti è spesso elevato, ma perché i rischi che le società di consulenza si assumono sono bassi rispetto ai benefici potenziali»⁴³.

Strettamente collegato a questo terzo tipo di rischio, vi è anche una quarta questione di carattere finanziario. Finora si è solo accennato di tanto in tanto alla questione dei costi delle consulenze, quasi che fosse irrilevante. Eppure, com'è facile immaginare, ogni anno enormi somme di danaro passano dalle casse di organismi pubblici nelle casse di varie società

⁴¹ Tutte le citazioni della pagina sono tratte da Mazzucato, Collington, *Il grande imbroglio*, cit., p. 8.

⁴² *Ivi*, p. 133. D'altra parte, specie i capitoli 4 e 5 sono un repertorio di vari insuccessi delle consulenze e della generale tendenza a far ricadere i costi relativi sul pubblico.

⁴³ *Ivi*, p. 135.

di consulenza, che realizzano profitti enormi. Il tema dovrebbe suscitare grande interesse, vista la filosofia dominante della riduzione delle spese pubbliche, che peraltro, intesa in modo corretto, ha una sua ragion d'essere di carattere democratico. Ma anche su questo tema il dibattito è quasi nullo. Si potrebbe parlare di un vero paradosso che si dà in proposito. Mentre la filosofia dell'austerità ha trionfato a lungo, penalizzando, soprattutto in Europa, le casse statali e le strutture di *welfare*, si è realizzata una clamorosa fuoriuscita di risorse a favore di soggetti privati 'esterni', corroborando il loro mercato e la loro identità di potenze mondiali. Peraltro, per lo più, queste spese sono regolarmente pianificate nei pubblici budgets, come se rientrassero in una normalità ormai acclamata.

7. *Stati e consultancy firms: un rapporto a somma zero?*

Alle criticità appena segnalate, occorre aggiungerne una ulteriore, forse la più grave, che Mazzucato e Collington identificano come un rischio di «infantilizzazione» dei governi, che è insito nel continuo ricorso a consulenze esterne. Il termine utilizzato nel sottotitolo del libro è interessante perché lascia pensare a Stati che erano adulti nel passato e che oggi regrediscono ad una condizione infantile, dunque di dipendenza da altri soggetti. Sicuramente, questa condizione 'infantile', avendo carattere regressivo, non prelude a un futuro di maturità, segna piuttosto una duplice forma di impoverimento, non solo di risorse finanziarie, ma anche di risorse di competenza e di conoscenze di vario tipo. Ed entrambe le forme di impoverimento, ma specialmente la seconda, si pongono in netta contraddizione rispetto ad ogni illusione o pretesa di 'sovranità', poiché questa richiede non solo lo scranno più alto del potere, ma anche il controllo delle competenze necessarie per poterlo conservare ed accrescere.

Il bisogno di attingere ripetutamente a consulenze esterne, così come il fatto di affidare all'esterno grandi riforme e progetti legislativi testimonia almeno un duplice disagio delle pubbliche istituzioni: da una parte un disagio in termini di un deficit di conoscenze tecniche e di idee che dovrebbero stare dietro ogni progetto politico; dall'altra parte, non sono infrequenti i casi in cui le pubbliche amministrazioni ricorrono alle consulenze esterne per avere una sorta di 'firma' su progetti che vogliono promuovere, quasi che la consulenza esterna funzioni come un maggior accreditamento. Con il paradosso che quella firma equivale a una sorta di 'legittimazione' ulteriore, conferita da soggetti che non

hanno legittimazione. Per converso, emerge così anche un tema di scarsa legittimazione o credibilità degli organismi amministrativi.

Quale che sia la causa del ricorso a consulenze esterne, quando esso diviene una pratica quasi abituale per i soggetti pubblici, il rischio di sviluppare una forma di dipendenza non può che crescere col tempo, aderendo al motto 'disimparare non facendo', che è l'esatto rovescio della nota formula '*learning by doing*'. Poiché nei sistemi economici le organizzazioni «non sono entità statiche, ma in costante sviluppo», ossia sono 'dinamiche', ed evolvono attraverso le varie attività e ricerche intraprese, l'esternalizzazione delle consulenze comporta inevitabilmente un rattrappirsi delle loro capacità dinamiche.

Il grande equivoco che è all'origine di tutto, com'è stato osservato, è dare «per scontato che l'apprendimento nell'organizzazione che assolda i consulenti, non sia un *processo* incrementale e collettivo, ma sia una *transazione*»⁴⁴. In altri termini, la forma contrattuale che dà origine alle consulenze non si risolve in uno scambio tra due prestazioni, ma comporta la messa in moto di processi che si svolgono nel tempo, e che sono al contempo di crescente apprendimento per una parte, e di progressivo dis-apprendimento per l'altra. Il contatto con le istituzioni pubbliche costituisce per le società di consulenza un'occasione di grande prestigio e di accrescimento professionale, nonché di enorme allargamento della propria visuale. Al contrario, per le istituzioni pubbliche si tratta di diventare non solo sempre più fragili e più povere di competenze e di risorse finanziarie, ma anche di essere costantemente esposte a tutti i rischi precedentemente richiamati.

Si profila insomma un'inesorabile partita 'a somma 0' tra Stati e società di consulenza, che riguarda sia le risorse finanziarie, sia le risorse di competenza. Ma non solo: nelle forme reiterate e pervasive che le consulenze fornite ai pubblici organismi talora assumono, si realizza anche un enorme travaso di potere dagli organismi pubblici ad organismi di natura privata e dalla ragione politica che ispira i primi ad una razionalità economica che informa i secondi. Ciò anche alla luce di un conflitto che è alla radice stessa del rapporto tra queste imprese e i loro clienti, specie pubblici: non è nell'interesse di queste imprese che cresca l'autonomia e la capacità di ricerca e di decisione autonoma dei loro clienti, e mantenerli in una condizione 'infantile' giova senz'altro ai loro affari e alla loro sfera d'influenza. Un'ultima considerazione. Paradossalmente, proprio nell'epoca in cui i partiti politici sono ridotti all'ombra di sé stessi, vittime, tra l'altro,

⁴⁴ MAZZUCATO, COLLINGTON, *Il grande imbroglio*, cit., p. 152. Le altre citazioni sono rinvenibili a p. 9.

dell'ideologia della 'disintermediazione', si assiste ad una nuova forma di intermediazione così importante e pervasiva come quella delle società di consulenza, chiamate a intervenire significativamente su aspetti rilevanti delle pubbliche decisioni, tanto da poter essere considerate ormai quasi una loro parte integrante.

ABSTRACT

Consultancy firms are one of the many private professional organizations on the world scene after the process of globalization. Born to provide their know-how to companies and economic groups, they frequently sell their services to States and public entities as well. This happens not only in the United States but all over the world and in many European States as well. What is surprising is that this happens more and more frequently and that often consultancy firms are involved even in lawmaking and regulation activities, that are at the hearth of States' political tasks. This article deals especially with the many risks (costs, conflict of interest, etc.) facing States when the role played by consultancy firms becomes so frequent and penetrating, first of all the danger of the growing "infantilization" of the States and their dependence on the knowledge and abilities of others.

KEYWORDS: Consultancy Firms; Lawmaking; Regulation.

Giovanni Marini

Ripensare le dicotomie, al di là del pubblico e privato

SOMMARIO: I PARTE: Questioni di metodo. 1. Tre progetti di comparazione: Gorla, Sacco e Cappelletti – 2. Alla ricerca della *legal consciousness* – 3. Diritto, Comparazione e *Humanities* – 4. Un nuovo paradigma: il poststrutturalismo – 5. La genealogia del poststrutturalismo: il *linguistic turn* – 6. La critica poststrutturalista e l'incontro con Foucault – 7. Poststrutturalismo e postmoderno. - II PARTE: Sulle dicotomie – 8. La dicotomia pubblico/privato – 9. La critica sociale alla dicotomia pubblico/privato – 10. La critica realista – 11. Pubblico e privato nella fase contemporanea – 12. Le dicotomie 'dai loro sepolcri' ci regolano ancora? – 13. La dicotomia famiglia/mercato – 14. Verso il progressivo superamento della dicotomia? – 15. La riproduzione della dicotomia: lavoro produttivo/lavoro riproduttivo (o *di cura*) – 16. Conclusioni.

1. *Tre progetti di comparazione: Gorla, Sacco e Cappelletti*

In occasione delle giornate torinesi del maggio 1979, che sarebbero poi state dedicate a Gino Gorla, Vittorio Denti identificava tre distinti progetti della comparazione: la storia del diritto, l'analisi strutturale e la politica del diritto¹. Ad ognuno associava un 'eroe', un maestro di grande prestigio internazionale: Gino Gorla lo era del primo, Rodolfo Sacco del secondo e Mauro Cappelletti del terzo.

Denti nella conclusione precisava che non intendeva costruire una gerarchia fra i diversi progetti, né tanto meno riconoscere la priorità a qualcuno di loro, ma che tutti potessero o forse dovessero coesistere se la comparazione voleva candidarsi a ricoprire il ruolo di disciplina trainante fino a diventare «il modo di comprendere il diritto».

Non si tratta dunque di scegliere fra l'uno e l'altro progetto, al contrario c'è da comprendere come ognuno di essi permetta differenti tipi di domande e di risposte.

Questa indicazione conserva una indiscutibile validità ancora oggi. Certo molta strada ci separa da questi 'classici'. La comparazione lungo il

¹ V. DENTI, *Diritto comparato e scienza del processo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1980, p. 199.

percorso si è infatti arricchita dell'apporto delle *humanities*, il che ne ha certamente accresciuto il bagaglio metodologico, ma ha probabilmente reso più arduo proseguire quel cammino. I suoi protagonisti sembrano essersi perduti in un rivolo di 'specialismi' che hanno finito per precludere proprio la visione d'insieme oppure hanno indugiato nella ricerca della natura spettrale del diritto.

In entrambi i casi non è sufficiente conoscere alcune istituzioni di un sistema per individuare se possano risultare davvero 'promising', così come per far emergere ciò che è latente è necessaria una operazione più complessa: è necessario che il sottofondo nel quale la 'cosa' si iscrive sia ricostruito e reso palese.

Questi tre progetti invece portavano indiscutibilmente alla luce la necessità di recuperare alla analisi giuridica alcuni dati di realtà in nome di tre esigenze diverse che potrebbero essere identificate come: la ricerca di un maggiore realismo, la messa a punto di una teoria più precisa, l'individuazione delle esigenze concrete delle persone.

Il primo progetto era facilmente riconoscibile nel percorso di Gino Gorla. Gorla portava alla luce le relazioni storiche fra ordinamenti, liberando la comparazione di alcuni dei suoi più triti luoghi comuni; indagava sul processo formativo di norme, istituzioni e orientamenti giurisprudenziali. Attraverso la conoscenza storica di ciascun termine di comparazione e della sua spiegazione storica, Gorla intendeva realizzare una migliore comprensione spazio-temporale del diritto e mettere in luce la contingenza delle categorie di cui si servono i giuristi, liberandoli così dalle incrostazioni dogmatiche che ancora li affliggevano.

Sulla stessa lunghezza d'onda si collocava il secondo progetto, quello strutturale, che mirava proprio a mettere l'analisi a contatto con i dati effettivi del sistema senza la mediazione delle categorie concettuali a cui i giuristi fanno ricorso, di scoprire i dati operanti ma non conosciuti, le regole implicite, insomma tutto quanto è latente nei sistemi. Sebbene spesso frainteso dai suoi oppositori per la sua pretesa di realizzare una «fredda misurazione delle analogie, dei parallelismi e delle divergenze fra più ordinamenti», Sacco intendeva produrre una migliore e più realistica teoria che portasse alla luce la natura conflittuale e dinamica del diritto, la sua indeterminatezza e la presenza di lacune.

L'ultimo è altrettanto facilmente riconoscibile ed associabile agli studi di Mauro Cappelletti in materia di garanzie costituzionali del processo (*due process*), tutela degli interessi diffusi (*class action*), problemi di accesso alla giustizia e metodi alternativi di risoluzione delle controversie (operanti in organismi stranieri o multinazionali).

Pur all'interno di una concezione funzionale classica, che considera il diritto come strumento di controllo e di direzione sociale, Cappelletti sottolineava le 'disfunzioni' prodotte dal diritto e dal cattivo funzionamento dei suoi meccanismi giuridici ai danni dei soggetti tenuti al margine del gioco: i più poveri, i minori, gli stranieri, gli alienati.

La sua preoccupazione era di far transitare un sempre maggior numero di soggetti «da una situazione di marginalizzazione sociale a un accesso effettivo al sistema politico, economico e sociale», attraverso la ricerca di quelle che definiva le "*promising institutions*", cioè i modelli stranieri che meglio si adattano ai problemi e alle condizioni nazionali, pur nella consapevolezza della difficoltà di ogni trapianto.

Tutti e tre, con sfumature diverse, si muovevano certamente dentro una visione occidentalocentrica, ancora condizionata dalla pretesa di universalità assegnata volta per volta a certe idee, strutture, dinamiche e garanzie fondamentali. E tutti e tre, anche se con frequenti incursioni nei sistemi 'altri', tendevano a prendere come punto di riferimento i sistemi di alcuni paesi, che avendo raggiunto un più avanzato stadio di sviluppo, potevano essere considerati suscettibili di imitazione.

E, come è accaduto nel campo delle *humanities*, anche il diritto comparato ha provato con maggiore o minore successo ad andare oltre la visione moderna, occidentalocentrica, cercando dei metodi che fossero in grado di rivelare criticamente i propri presupposti culturali, evitando così l'inutile sforzo di apprendere tutti gli altri diritti esclusivamente su quella base².

2. *Alla ricerca della legal consciousness*

In questa prospettiva si sono riproposti discorsi in chiave di tradizione giuridica, nel senso più preciso però di *legal consciousness*, tentativi volti cioè a ricostruire l'insieme delle regole operative, schemi concettuali, classificazioni, modelli di ragionamento e argomentazioni tipiche, che caratterizzano un determinato sistema e l'accompagnano per un certo

² L'impostazione richiama il 'relativismo antropologico' di Claude Lévy-Strauss secondo il quale ogni cultura va giudicata secondo le sue basi e i suoi presupposti interni come possibile variante di una risposta a comuni esigenze o l'antropologia interpretativa (cfr. C. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, Basic Books, New York 1983) che sottolinea l'affinità fra antiche civiltà e mondo occidentale e porta con sé anche le critiche che a queste impostazioni sono state in un passato non troppo lontano rivolte.

spazio temporale³. Con ciò recuperando in tutta la loro concretezza le pratiche discorsive di cui si servono i giuristi,

Nella prospettiva del comparatista è importante allora comprendere come e dove si forma questa struttura e linguaggio comune che determina la *legal consciousness*, chi determina e da dove parte questo processo di circolazione e quali sono gli obbiettivi che la disseminazione di queste pratiche intellettuali permette di portare avanti⁴.

Va sottolineato, ancora una volta, come di fronte ai discorsi in chiave di tradizione è necessario però sottrarsi alla sua ricostruzione in senso organico, cioè come un insieme unico, dotato di un suo spirito interno che si evolve gradualmente e mantiene la sua 'originalità' nel tempo, una totalità di cui è necessario cogliere (o meglio intuire) le caratteristiche specifiche⁵. Quando si parla di tradizione giuridica se ne parla in un senso più vicino a quello semi-otico, in cui la tradizione costituisce una sorta di deposito che custodisce i vari elementi che si sono stratificati nel tempo e si vanno a combinare, nelle diverse situazioni concrete, a seconda delle forze che governano i rapporti fra le strutture che operano all'interno di una tradizione⁶.

La *legal consciousness* rimanda infatti ai *belief systems*, alle strutture di pensiero collettivamente determinate che orientano, in modo implicito ed esplicito, il modo stesso di pensare degli operatori giuridici. Questi paradigmi intellettuali, di carattere storico e contingente, limitano il campo in cui si situano le varie condizioni di possibilità degli interpreti e condizionano i risultati che è possibile raggiungere.

Il modo in cui questi si ricompongono nelle varie esperienze, la forza dei vettori per rimanere alla metafora semiotica è però il prodotto di certe

³ DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, a cura di D.M. TRUBEK, A. Santos, Cambridge University Press, Cambridge 2006, ne ha individuate tre che corrispondono a diverse fasi storiche in cui si determina una particolare *legal consciousness*.

⁴ Le tradizioni sono collegate alle '*historical forms of consciousness or subjectivity*', il riferimento ad essa serve ad enfatizzare il fatto che i soggetti possono operare solo all'interno di uno specifico contesto culturale, che fornisce il linguaggio che questi possono utilizzare quando devono trattare una particolare questione giuridica. La *legal consciousness* è storicamente situata e segna i confini entro i quali possono svolgersi le lotte attraverso il diritto per l'egemonia e la contro-egemonia. In questo senso, la questione più rilevante per il diritto comparato riguarda la comprensione dei modi in cui la *legal consciousness* viene modellata, chi partecipa a tale processo e quali sono gli obbiettivi che vengono portati avanti attraverso questo progetto intellettuale, DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, cit., pp. 19-73.

⁵ Sull'organicismo ed i rapporti fra storia e sistema cfr. M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Giappichelli, Torino 2013.

⁶ Un'applicazione è in R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in «*American Journal of Comparative Law*», 39, 2, 1991, p. 343.

particolari condizioni locali e non di una logica interna, in cui si intrecciano fattori complessi non sempre chiaramente evidenti, come l'ordine concettuale che Ewald (via Foucault) chiama *episteme*⁷ o del tutto latenti, come quelli che Sacco ha definito crittotipi⁸ o Bourdieu individuato nell'*habitus*⁹.

Le tradizioni si presentano allora non come il prodotto di una graduale sviluppo, ma come una sedimentazione complessa, una serie di stratificazioni, cioè, in cui lo strato più recente poggia sui frammenti di quelli più vecchi con i quali va a combinarsi. Elementi trasformati degli strati più risalenti si intrecciano con quelli nuovi.

In un determinato momento storico alcuni luoghi diventano un sito di produzione di modelli ('il centro') ed altri un sito di recezione ('la periferia'). Arrivati a destinazione l'adattamento al sistema ed alla cultura locale produce ovviamente una recezione selettiva che genera differenza insieme ad integrazione. A livello locale i modelli vengono rielaborati in modo originale ed anche radicale¹⁰, così trasformati possono essere veicolati in altre periferie più 'distanti' (alcuni siti diventano allora 'semi-periferia')¹¹ oppure tornare al centro¹².

⁷ Il riferimento è ad una serie di *a priori* storici con i quali ogni epoca identifica il «modo di essere degli oggetti» ed i termini nei quali ogni uomo può svolgere un discorso sulle cose che è considerato vero» (F. EWALD, *Pour un positivisme critique: Michel Foucault et la philosophie du droit*, in «Droits», 3, 1986, p. 139 ed ID., *L'Etat Providence*, Grasset, Paris 1986).

⁸ R. SACCO, *Legal formants*, cit., p. 343 ed ora fra gli altri E. EBERLE, B. GROSSFELD, *Patterns of order in comparative law: discovering and decoding invisible power*, in «Texas International Law Journal», 38, 2, 2003, p. 291.

⁹ P. BOURDIEU, *Habitus, code et codification*, in «Actes de la recherche en sciences sociales», 64, 1986, p. 40 per il quale coloro che agiscono in un determinato campo sociale incorporano progressivamente gli schemi d'azione tipici di quel campo modellando le proprie strutture mentali su di essi, in modo da agire in conformità ad essi, anche se non sono costretti da una norma giuridica *ad hoc* ed anche se offrono spiegazioni diverse per renderne conto come tale l'*habitus* non opera sempre necessariamente a livello inconscio.

¹⁰ Comunque avvenga l'influenza, i giuristi locali operano una selezione a seconda dei loro interessi e dei loro orientamenti che produce sempre, insieme alla integrazione, anche differenza. Su questi processi di trasformazione, riciclaggio e cannibalizzazione cfr. D. LOPEZ-MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá 2004, dove anche una teoria dei *misreadings*, il modo in cui idee ed autori possono essere utilizzati diverso nelle due località, talvolta ciò rende difficile la comunicazione nello spazio transnazionale o produce effetti 'perversi' (nel senso di diversi da quelli prodotti nel contesto di produzione).

¹¹ Sul ruolo 'semiperiferico' assunto dall'Italia in vari contesti cfr. S. CAPRIOLI, *Rescissione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano 1988, p. 933; M.R. MARELLA, *The geopolitics of law in Latin America. The case of the social function of property*, in *Persona e attività economica tra libertà e regola: studi dedicati a Diego Corapi*, a cura di B. De Donno, F. Pernazza, R. Torino, G. Scarchillo, D. Benincasa, ES, Napoli 2016.

¹² Molte delle elaborazioni 'periferiche' hanno variamente retroagito sul diritto metropolitano

In questa prospettiva non bisogna trascurare l'esistenza di relazioni assai complesse di gerarchia, dominio ed egemonia che, in un quadro transnazionale, viene necessariamente a crearsi fra le diverse tradizioni: i giuristi che appartengono ad una tradizione possono esercitare sugli altri varie forme di influenza attraverso meccanismi che vanno dall' "imposizione" attraverso la forza, all'imitazione sulla base del semplice prestigio, alla negoziazione concordata.

L'ibridazione nel flusso transnazionale di teorie e teorici non è mai a senso unico, ma è multidirezionale¹³. Fra centro e periferia si instaura così una dinamica complessa, che l'idea di *travelling theory* e di *two ways traffic* espresse dal pensiero postcoloniale colgono bene nella sua essenza.

Nei loro rapporti interni, le diverse tradizioni nazionali si possono collocare in una posizione di apertura (o chiusura) reciproca. Il grado di tale apertura (o chiusura) reciproca però è storicamente relativo e comunque sempre in continuo movimento.

Gli studi degli specialisti di area si incontrano con quelli più classici di coloro che sono interessati allo studio del fenomeno più generale dell'appropriazione e re-invenzione a livello 'periferico' del diritto del 'centro' con l'obiettivo di comprendere i molti modi in cui il centro ha potuto esercitare potere sulla periferia.

È importante allora identificare i diversi elementi culturali e giuridici, che possono essere stati considerati come appartenenti ad una singola tradizione, il modo in cui le tradizioni hanno operato, combinando e ricombinando i propri elementi costitutivi e generando i loro miti fondativi; ed infine come le tradizioni si sono adattate ed hanno mantenuto la loro diversità, impiegando il diritto strategicamente per definire il rapporto con altre culture ed altre tradizioni giuridiche

A questo proposito è ampiamente diffuso, ormai anche presso i giuristi, il richiamo al metodo genealogico. Con questo si vuole indicare la ricostruzione a ritroso di un percorso seguito non alla ricerca di ipotetiche origini fondative, ma per individuare tutte le componenti che costituiscono una tradizione ed il modo in cui sono state intrecciate, nei momenti di cambiamento, per produrre una nuova versione rispetto alla precedente¹⁴.

per un esempio significativo cfr. G. BASCHERINI, *Ex oblivione malum. Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2009, p. 245 ss.

¹³ Ora E.W. SAID, *Traveling theory, the world, the text and the critic*, Harvard University Press, Cambridge 1983; D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton University Press, Princeton 2000, trad. it. *Provincializzare l'Europa*, Meltemi, Roma 2004.

¹⁴ Lungo questo itinerario diventa evidente che il processo non sia segnato da uno sviluppo

3. *Diritto, Comparazione e Humanities*

In questa prospettiva diventa evidente l'idillio con le *humanities* e con tutti gli studi che si sono variamente occupati dei rapporti fra individuo e conoscenza.

A cominciare dalla etnografia e dall'antropologia, già negli anni Settanta, emerge l'idea che le rappresentazioni dei fatti culturali e le narrative attraverso le quali sono proposte fossero strettamente dipendenti non solo dalla posizione dei soggetti e delle culture che vengono analizzate ma dal punto di vista dell'«osservatore/descrittore»¹⁵.

Questa riflessione sulle modalità attraverso le quali viene prodotta la conoscenza ha aperto una crisi nei processi di rappresentazione di cui sono state denunciate varie possibili distorsioni, escludendo alla radice¹⁶ la loro possibilità di riuscire a collocarsi in una posizione (di neutralità) tale da poter descrivere ed interpretare il mondo.

Tutte le *humanities* sono state progressivamente coinvolte. Le diverse discipline hanno perduto così la loro 'innocenza' e sono rimaste soggette ad un processo di graduale 'politicizzazione': a cominciare proprio dalle genealogie intellettuali che vengono prodotte e riprodotte per fondare le diverse ricostruzioni.

Queste genealogie elaborano e rielaborano costantemente il passato e, al contrario di quanto generalmente riportato dai lavori istituzionali e dalle narrative ufficiali, sono il risultato delle diverse condizioni storiche e dei presupposti culturali che, in un momento dato, influenzano i loro autori.

Possiamo assistere così ad un processo nel quale nomi, problemi e visioni 'dimenticate' vengono velocemente riscoperte e collocate in una posizione più rilevante nella genealogia, mentre altri che avevano goduto di una posizione privilegiata vengono invece degradati o esclusi del tutto dalle linee genealogiche più importanti.

Così, qualunque definizione di antenati, fondatori o scuole non è una innocente trascrizione del passato, ma un esercizio attivo di identificazione, differenziazione e gerarchizzazione prodotta da una serie non occasionale di citazioni e soprattutto di silenzi e dimenticanze.

graduale, ma sia caratterizzato invece da una serie di rotture. DU. KENNEDY, *Three globalizations of Law and Legal Thought*, cit.

¹⁵ P. RABINOW, *Reflections on Fieldwork in Morocco*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London 1977; R. ROSALDO, *Culture and Truth: The Remaking of Social Analysis*, Beacon Press, Boston 1989.

¹⁶ J. COMAROFF, J. COMAROFF, *Ethnography And The Historical Imagination*, Avalon, New York 1992.

Al pari di qualunque forma di invenzione della tradizione¹⁷ o articolazione della memoria collettiva¹⁸, le genealogie intellettuali sono allora il prodotto del presente, perché nel processo di ricostruzione entrano in gioco questioni e problemi attuali, talvolta nemmeno interamente compresi nel loro complesso neanche da chi le produce.

In definitiva le genealogie disciplinari sembrano dirci di più su coloro che le fanno che sui loro ipotetici 'antenati'. Ed i silenzi diventano altrettanto se non più significativi dei ricordi.

4. *Un nuovo paradigma: il poststrutturalismo*

Si è verificato così un vero e proprio cambio di paradigma nel quadro delle *humanities* che potremmo definire molto sinteticamente come passaggio dal moderno al contemporaneo, intendendo con quest'ultima etichetta una varietà di orientamenti che va dal neomarxismo, dagli studi subalterni e da tutti gli studi culturali a quegli orientamenti che convergono nel postmodernismo, nel poststrutturalismo e nel postcoloniale. Un fenomeno che ha trasformato le condizioni del dialogo fra gli studiosi delle *humanities* nel mondo e ha influenzato anche il diritto, a cominciare dal diritto comparato.

Rispetto al progetto moderno, il dato fondamentale del nuovo paradigma contemporaneo ed in particolare del poststrutturalismo è costituito dall'importanza che ha assunto l'idea del linguaggio e del significato come 'costitutivi' della realtà¹⁹. In questa prospettiva si è assistito ad una relativizzazione dell'impianto epistemico della modernità e ad una critica del suo impianto culturale a cominciare proprio dalle dicotomie sulle quali il pensiero occidentale si è fondato (soggetto/oggetto, ideale/materiale, pensiero/essere, natura/cultura)²⁰. Bisogna subito sottolineare,

¹⁷ E. HOBBSAWM, *The Invention of tradition*, Cambridge University Press, Cambridge 1983.

¹⁸ S. HALL, "Negotiating Caribbean identities". in Castle, Gregory (ed.). *Postcolonial discourse. An anthology*. Blackwell, Oxford, pp. 281.

¹⁹ Anche il moderno conduce una critica alle rappresentazioni, ma quest'ultimo – anche nelle sue versioni più corrosive – se riconosce l'incoerenza e la reificazione delle categorie, non abbandona mai la possibilità di correggerle con delle altre più 'corrette' o più 'giuste', Marx stesso era convinto di poter sgombrare il campo da tutto ciò che poteva essere descritto come 'naturale' per cogliere il significato teorico di tutte le interpretazioni apologetiche, una volta rivelato il pregiudizio è possibile passare davvero a ciò che si ritiene 'corretto' o 'giusto'.

²⁰ Questa relativizzazione è operata attraverso il decostruzionismo di Derrida che colloca

però, l'equivoco che questo passaggio ha indotto: perché ha portato con sé anche la sensazione, la supposizione, meglio, che, così facendo, i suoi sostenitori abbiano abbandonato l'azione politica ed i giudizi di valore, la dimensione materiale, insomma, per rinchiudersi invece in un'azione soltanto decostruttivista che si svolge a livello esclusivamente testuale.

Certo episodi di questo genere non si contano. Ma cambiare il modo di pensare, come sostiene Foucault, produce una modifica della realtà stessa, la trasformazione delle pratiche concrete con cui si conosce il mondo porta con sé la trasformazione del modo in cui si fanno cose (performatività), il modo in cui si attribuiscono significati alle cose modifica anche il modo in cui di queste stesse cose si può fare uso.

Attraverso questo nuovo paradigma, insomma, è stato possibile farci quelle differenti domande, di cui si diceva in apertura, per ottenere così quelle differenti risposte con le quali si sono aperti percorsi impensabili per il moderno (sia nella sua versione in chiave liberale che in chiave marxista). Fra questi è importante ricordare: la produzione delle identità e delle soggettività attraverso le pratiche discorsive e le relazioni di potere, il rapporto fra potere e conoscenza nella configurazione della realtà, la dinamica delle ibridità culturali e le modalità subalterne di produzione culturale. Tutti aspetti che hanno già trovato accoglimento – almeno limitato – al centro del dibattito sulla comparazione.

ogni concetto in sistema, in una struttura da cui riceve significato «*structure, sign, and play in the discourse of human sciences*» (J. DERRIDA, *Structure, Sign and Play in the Discourse of the Human Sciences*, in *Writing and Difference*, trad. A. Bass, Routledge, London 2006, pp. 351-370). Le opposizioni concettuali presenti nei testi sono costruite in relazione di dipendenza reciproca ed organizzate in una relazione gerarchica. La decostruzione descrive questo processo con il quale si arriva a privilegiare uno dei due poli. Ma la decostruzione scopre anche come ogni termine contiene una traccia del suo opposto che determina l'instabilità della contrapposizione, i cui confini non sono mai definitivamente determinati e rimangono aperti alla critica (il recupero delle visioni 'soppresse' o 'alternative' sviluppa nuove possibilità interpretative, se non si limita a ribaltare la dicotomia ma, mostrando come l'altro che viene escluso è presente già all'interno del primo termine, a stabilire come sia impossibile definire una gerarchia). Richiama il deferimento infinito del significato all'interno di un sistema su differenziazioni e colloca in primo piano l'incapacità del segno di riferirsi o di individuare una essenza, un significato essenziale. Il significato è creato e ricreato all'interno di testi e contesti specifici dal momento che non esiste un termine maestro per fissare e stabilizzare i concetti.

5. *La genealogia del poststrutturalismo: il linguistic turn*

Prima di entrare nello specifico è importante ricordare come questo cambiamento di paradigma si sia prodotto. Il salto nella contemporaneità è infatti la conseguenza di due altre importanti fratture che hanno caratterizzato il quadro: quella strutturalista e quella interpretativa, che hanno preceduto l'ultima, cioè quella poststrutturale.

La rottura strutturalista è associata al nome di Levi Strauss²¹ ed implica una critica alle visioni del mondo che la precedevano, in particolare una critica del *linguistic turn* che aveva dominato il periodo precedente. Due sono gli elementi chiave che caratterizzano lo strutturalismo: uno è la presenza di un ordine sottostante alle diverse manifestazioni concrete della cultura e l'altro è il linguaggio come schema paradigmatico di riferimento per analizzare il pensiero.

Con Levi Strauss in testa, infatti, la semiotica venne portata al di là della linguistica per analizzare fenomeni disparati come le relazioni familiari, i miti, la poesia e persino la cucina e la moda²². Nelle mani dei francesi tutto poteva essere analizzato in termini di linguaggio, cioè come un insieme governato da una grammatica profonda, che poteva esprimersi però in molti modi diversi²³.

²¹ C. LÉVI-STRAUSS, *Structural Anthropology*, Claire Jacobson trans., 1963; ID., *The Savage Mind*, Univ. of Chi. Press, 1966.

²² R. BARTHES (*Éléments de sémiologie*, in «Communications», vol. IV, 1964, p. 91 ss.; ID., *Critique et Vérité*, Éd. du Seuil, Paris 1967), condivideva con Levi Strauss un approccio semiotico, aveva preso il 'mito' come un oggetto di studio, per cui il mito era un linguaggio, un sistema di comunicazione, una forma di significazione. I miti non dovevano essere presi per il loro valore, ma per segni di qualcosa di altro, di una struttura profonda che li governa come forme di significato. Come tali i miti non dovevano essere presi per la loro sostanza, dal momento che potevano essere spiegati in molti differenti modi, ma per la loro struttura interna. Il mito trasforma la storia nella natura e nell'universale. Per Barthes lo strutturalismo rivela come lo storico ed il contingente può essere trasformato nel naturale ed universale, per i poststrutturalisti accade invece il contrario. Per Barthes lo strutturalismo rivela come l'autore partecipa alla composizione dell'artefatto.

²³ Questa visione si deve agli studi di Saussure ed alla linguistica strutturale secondo la quale non vi è corrispondenza fra il linguaggio ed il mondo 'oggettivo' che descrive (cosa che non conduce alla negazione della possibilità di conoscere la realtà). Le parole assumono il loro significato non dai loro referenti extralinguistici (dalle cose o dalle idee che cercano di esprimere), ma dalla loro relazione con altri segni (altre parole), in relazione agli altri segni che caratterizzano un dato linguaggio dai quali si differenzia. Il segno è composto di un significante e di un significato (espressione acustica e concetto), la cui connessione è arbitraria, essa assume un significato soltanto all'interno di un sistema linguistico. Ciò non significa relativismo, ma enfatizza la relazione fra le cose (che è produttiva di significato), le cose possono essere percepite soltanto in opposizione ed in relazione ad altre cose e c'è un

Nella visione strutturalista il pensiero, anche quello giuridico, può essere analizzato come una lingua, cioè un complesso insieme costituito da una sintassi ed una grammatica (*langue*) da una parte e da una superficie lessicale (*parole*), dall'altra. È possibile così una grandissima discrezionalità nel modo in cui le argomentazioni possono essere proposte, ma questa discrezionalità non è mai assoluta. È controllata infatti a monte sempre da una grammatica: la parola si deve conformare alle regole (sintattiche) della lingua.

Il compito dell'analista (e dello studioso del diritto) è controllare le condizioni di possibilità immanenti all'interno della lingua²⁴.

Sarebbe banale, allora, pensare allo strutturalismo – come peraltro molti ancora fanno – semplicemente come la scoperta dell'infinito numero dei modi con cui è possibile 'dire certe cose'. Lo strutturalismo è, al contrario, una teoria che sottolinea invece i limiti di ciò che è possibile dire. Questi limiti prendono la forma di una grammatica profonda che governa e determina, talvolta – crittoticamente – in modo cioè non sempre visibile e consapevole a chi parla, cosa è possibile dire²⁵.

Il linguaggio insomma non è nelle mani di soggetti pienamente consapevoli, ma contiene delle limitazioni così forti che la relazione fra significato e soggetto è addirittura ribaltata. Questo in poche parole racchiude e spiega il significato, spesso frainteso, di «morte dell'autore» e di altre espressioni foucaultiane come «non siamo noi che parliamo un linguaggio, ma è il linguaggio che ci parla» che spesso ricorrono.

Il destino dello strutturalismo è stato assai strano: dopo aver raggiunto il suo apice negli anni '70, lo strutturalismo comincia a declinare.

L'idea di individuare strutture universalmente valide, che animava la ricerca di Levi Strauss, incontra sempre maggiori difficoltà a causa dell'incapacità di identificare accuratamente queste strutture, di definire i confini fra profondità e superficie, di collocare la posizione di chi fa l'analisi dentro o fuori della struttura, di decidere se il carattere di questa struttura sia trascendente o meno²⁶.

meccanismo culturale che struttura il modo in cui queste opposizioni si verificano.

²⁴ Sui vincoli che si collocano dalla lingua alla parola cfr. H. WHITE, *The Fiction of Narrative: Essays on History, Literature, and Theory, 1957-2007*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press. 2010.

²⁵ Tutti allora sono riproduttori o resistono al potere senza alcuna garanzia di poter davvero comprendere il corso esatto di ciò che accade e di poter dunque dire l'ultima parola.

²⁶ È la *fundamental contradiction* esaltata e poi rigetta da P. GABEL, DU. KENNEDY, *Roll Over Beethoven*, in «Stanford Law Review», 36, 1/2, 1984, p. 1 ss.; J. BOYLE, *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, in «University of Pennsylvania Law Review», 133, 4, 1985, p. 685. Ora J. DESAUTELS-STEIN, *The Jurisprudence of Style*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

Sono questi i dubbi che aprono la strada al poststrutturalismo ed alle strategie con cui opera: la decostruzione, la genealogia e l'analisi discorsiva (o performativa).

La seconda frattura è quella prodotta dall'antropologia interpretativa che enfatizza il *turn* ermeneutico implicato nella famosa «*thick description*» di Clifford Geertz, che richiede di spiegare le cose «by placing them in local frames of awareness» cioè alla luce di significati situati e condivisi da comunità di senso determinate.

Prima di investigare le strutture occulte che spiegano un fenomeno culturale, l'antropologia interpretativa si interessa del significato che assumono per gli attori coinvolti nelle differenti espressioni culturali. Con la sua tendenza contestualista, antiformalista e relativizzante, questo sistema di pensiero rivolge la sua attenzione al modo in cui il mondo è descritto e rappresentato piuttosto che al modo in cui è realmente²⁷.

In questo modo si evitava di costruire gerarchie fra comunità diverse, sottolineando le profonde affinità che legano antiche civiltà e mondo contemporaneo, valutate secondo i loro presupposti interni come varianti e possibili risposte a necessità essenzialmente comuni.

I contesti limitano le nostre pratiche interpretative. In altre parole sia gli osservati che l'osservatore sono situati in un contesto storico e culturale. Sia l'oggetto della investigazione, che i soggetti che la conducono (le tecniche e gli strumenti dei quali si servono) non sfuggono al condizionamento culturale e materiale dello stesso contesto nel quale operano²⁸.

²⁷ Cfr. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, cit. Paradossalmente un ruolo chiave spetta a T.S. KUHN (*La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino 1969) ed alla sua teoria dei paradigmi, sebbene legato com'è all'idea di un'evoluzione lineare e progressiva della scienza, la sua analisi pone una questione cruciale: l'evoluzione scientifica non è un processo naturale ed inevitabile, ma è determinato dall'avvento di qualcosa che ne modifica il corso, un fenomeno che segna una discontinuità con il passato, 'privilegiando' un certo paradigma che legittima un nuovo modo di pensare e provoca il ribaltamento nella visione del mondo. Il problema non è nei contenuti di ciò che si analizza, ma dal modo in cui il soggetto si pone in relazione ad essi.

²⁸ Il messaggio che può essere raccolto dalle indicazioni di Wittgenstein è che non vi può essere alcun fondamento esterno alla interpretazione perché l'interpretazione implica il linguaggio ed il linguaggio implica il comportamento, cioè l'uso appropriato di una espressione in un determinato '*language game*' nel quale l'espressione ha sede. Con ciò siamo ancora all'interno di un'estetica modernista. L'indagine, infatti, mentre riconosce e tratta le differenze fra culture, cela però il conflitto che può essere insito nelle culture stesse. Quello che viene portato in primo piano è il carattere unitario ed omogeneo di una cultura a spese delle incoerenze, dei conflitti e delle contraddizioni che si nascondono e rimangono interne alla stessa. Attraverso la definizione delle culture come sistemi o testi, la cultura viene così estrapolata e rappresentata indipendentemente dalle pratiche attraverso le quali viene creata e dagli agenti che la costruiscono.

6. *La critica poststrutturalista e l'incontro con Foucault*

E così siamo arrivati all'ultima delle rotture: quella prodotta dal poststrutturalismo. Con lo strutturalismo quest'ultima condivide la critica all'idea del soggetto come entità autonoma ed indipendente, ma non attribuisce la produzione del soggetto, della soggettività e della cultura a strutture universali ed atemporali, la colloca invece nella storia, nei discorsi e nelle pratiche concrete che l'indagine dei diversi contesti sociali e culturali deve rivelare²⁹.

Presente già da lungo tempo negli studi critici di letteratura, psicoanalisi, geografia e negli studi transdisciplinari come la teoria femminista e postcoloniale trova nella storicizzazione dei differenti ordini sociali e culturali e delle loro rappresentazioni la chiave dell'analisi. E, come già sottolineato, uno dei temi che la caratterizza è il confronto/conflitto presente al loro interno.

Il poststrutturalismo critica l'ingenuità delle varie forme di realismo positivista, proponendo una lettura più complessa in cui la realtà è il prodotto di una trama discorsiva che gli interpreti costruiscono progressivamente attraverso le loro opere.

L'incontro con Foucault ha esaltato infatti la potenza dei discorsi e la loro connessione con il potere³⁰. Quando usa il termine discorso, Foucault

In realtà, il contesto stesso è una costruzione discorsiva ad opera di agenti socialmente e culturalmente situati, ma è anche un processo selettivo, un fenomeno di creazione continua che deve essere spiegato e compreso all'interno di un conflitto. La teoria femminista ha dimostrato che la rappresentazione di una cultura come un sistema unificato di significati è realizzato attraverso l'esclusione dei significati culturali che le donne ed altri gruppi subordinati attribuiscono alla loro esperienza.

²⁹ Il postmoderno denuncia l'inevitabile tensione che si crea fra struttura rappresentativa e soggetto. Ogni descrizione della struttura rappresentativa all'interno della quale il significato è generato è semplicemente una rappresentazione della struttura secondo il linguaggio dell'interprete, il modo in cui l'interprete distingue la rilevanza dall'irrelevanza. La descrizione stessa ha significato soltanto in termini di un'altra struttura, poiché essa è situata all'interno di una pratica rappresentativa e non vi sono altri possibili centri di orientamento che siano in grado di arrivare a determinare definitivamente la struttura. La sfida con la quale ci si deve allora confrontare è l'accettazione dell'inevitabilità di questo dato.

³⁰ Alla formulazione tipica di Foucault nell'archeologia del sapere in cui la conoscenza emerge come una forma temporanea del vero costituita attraverso una istituzione che produce e disciplina il discorso, segue una visione antagonistica in cui il linguaggio è un luogo per la lotta e la cosa attraverso cui combattere.

Ogni forma di potere genera un campo di sapere ed ogni sapere presuppone e costituisce relazioni di potere. La 'verità' è il frutto del privilegio di alcuni aspetti e dell'esclusione di altri modi di pensare. Ciò che viene definito conoscenza non è altro che un effetto dell'istituzionalizzazione del potere sociale nelle convenzioni sociali che servono a rappresentare la realtà. L'analisi genealogica individua il modo in cui continuità e rottura si

si riferisce ad una pratica governata da regole, che include significati incasellati dentro un sistema di conoscenza e di istituzioni e pratiche sociali che producono e mantengono questi significati. L'indagine si è orientata verso la ricerca dei dispositivi istituzionali che permettono la loro creazione e la loro conservazione.

Sono esempi di discorsi quelli legati allo 'sviluppatismo', all' 'orientalismo' o al 'terzomondismo' perché costituiscono tutti evidenti esempi di 'invenzioni' prodotte dalle pratiche discorsive nel dopoguerra e che però sono stati tali da influenzare incisivamente tutta l'azione dei paesi che da allora sono stati definiti come 'sottosviluppati', 'orientali' o 'terzomondo'³¹.

Il poststrutturalismo rinuncia alla validità delle premesse universalistiche della modernità, ma non rigetta il 'modernismo', inteso come movimento estetico (cubismo, surrealismo, futurismo, costruttivismo) che si pone in assoluta contestazione nei loro confronti. Anzi, se vogliamo, il poststrutturalismo rappresenta una sorta di accoglimento – sia pure molto tardivo – di alcune delle premesse fondamentali delle avanguardie moderniste all'interno delle scienze sociali e delle *humanities*, fra le quali campeggia proprio la consapevolezza critica circa i limiti del proprio armamentario teorico ed il decentramento del soggetto.

Il poststrutturalismo infatti cerca di dar vita ed animare spazi nei

ricompongono nelle varie epoche storiche per formare appunto un discorso.

Il discorso giuridico e l'educazione giuridica sono i 'luoghi' per la produzione attraverso la disciplina della devozione del soggetto moderno alla 'rightness' («produttori della tendenza dell'addetto ai lavori che mette in essere meccanismi disciplinari dalla posizione del soggetto disciplinare costituito»).

Foucault sottolinea l'emersione di campi del sapere come centrali alla funzione disciplinare e normalizzatrice. Foucault scopre che il modo in cui nelle diverse epoche storiche viene stabilito l'ordine non dipende soltanto dalla forza e dai mezzi istituzionali, ma dai soggetti che partecipano alla conoscenza e dal modo in cui vengono creati e sottomessi (uso politico della follia, fragilità delle categorie e della medicina che servivano a giustificarla).

Il potere di Foucault, si estende al di fuori dei siti delle istituzioni sociali, in quanto opera allo stato diffuso, non è espresso solamente dall'autorità statale, crea una rete di rapporti ed incontra resistenze in tutti i punti in cui viene esercitato.

Questo potere disciplinare della società del controllo si trova sia a livello di biopotere (normalizzazione delle relazioni sociali, iscrizione dei rapporti di dominio e di potere nella struttura stessa dell'essere) sia a livello di *rightness*. Cfr. M. FOUCAULT, *Medicina e biopolitica. La salute pubblica e il controllo sociale*, a cura di P. Napoli, Donzelli, Roma 2021.

³¹ Nella comparazione il *law and development* con il suo seguito è emblematico: necessità di evidenziare il modo in cui progetti particolari avevano fallito i loro obiettivi. La colpa era ritenuta essere nella divergenza fra propositi e obiettivi.

Fino a quel momento il problema dello sviluppo era considerato da attribuire alla sua realizzazione, nello iato che si creava fra i propositi teorici e la sua pratica applicazione. L'incontro con Foucault conduce in tutt'altra direzione.

quali gli altri, gli 'esclusi' ed i marginali possano esercitare una critica delle narrative e delle ricostruzioni sulle quali si fonda la legittimazione delle varie discipline. Il postrutturalismo contribuisce poi a rendere assolutamente anacronistiche le divisioni fra le diverse discipline e soprattutto problematizza il confine che ha spesso separato le scienze umane da quelle che si occupano specificamente di economia e di potere: le relazioni capitalistiche sono diventate sempre più costitutive della conoscenza, della cultura e dell'identità.

Un'altra precisazione, a questo punto dell'analisi, si rende assolutamente necessaria. Quando si parla di discorso, nel gergo postrutturalista, ci si riferisce infatti ad apparati, dispositivi e pratiche situate, non si intende solo un vocabolario che rappresenta qualcosa che esiste in precedenza sulla quale le parole si posa per presentarlo in maniera artificiosa o di parte. 'Discorso' dunque non significa solo parole o categorie intellettuali destinate a rimanere nella mente degli individui e delle collettività. Al contrario, nel poststrutturalismo, il discorso ha una sua innegabile materialità. Il discorso infatti non è solo materiale come tutti gli altri fatti sociali, ma possiamo dire che qualunque materialità sociale è discorsivamente costituita (cosa che non significa che il discorso sia l'unica cosa che esiste)³². Il discorso attraverso la ripetizione e citazione continua produce i suoi effetti, dando forma alla realtà, la produzione di nuovi discorsi è una attività che può modificare il mondo.

7. Poststrutturalismo e postmoderno

A questo punto, un'altra precisazione ancora, perché la critica poststrutturale potrebbe sembrare confluire *tout court* nel postmodernismo³³. Un

³² Questa posizione non è concepibile per coloro che continuano a separare il mondo ideale delle parole (le idee che abitano solo nella testa degli individui e dei gruppi) e la realtà degli oggetti, delle azioni e delle relazioni, riproducono così la vecchia contrapposizione cartesiana ed hegeliana della distinzione ontologica fra soggetto ed oggetto, fra mondo e pensiero, che dunque considerano la critica poststrutturalista una reincarnazione dell'idealismo.

³³ È difficile trovare una definizione di postmoderno come anche cercare di proporre una visione organica (del resto contraria ai canoni ed allo spirito della materia). Il postmoderno non è necessariamente una fase cronologica che segue il moderno, che viene 'dopo', ma è qualcosa che si svolge contemporaneamente al moderno rielaborando elementi critici che sono largamente presente in quella tradizione di pensiero. Il postmoderno sviluppa la consapevolezza che non è più possibile mantenere in piedi i presupposti della modernità la fiducia cioè nella ragione e nella razionalità e nell'ordine, nella stabilità e nella continuità delle rappresentazioni.

equivoco questo molto comune soprattutto da parte dei giuristi quando associano il postmodernismo con il disordine prodotto da «moltiplicazione delle fonti e degli attori giuridici», in un complesso intreccio tra livelli normativi fortemente differenziati per tipologia di autori, di fonti, di spazi di validità delle norme, a comporre una giuridicità composita e porosa che complica e mette costantemente in crisi la stabilità delle costruzioni del giurista.

In realtà, questa sovrapposizione è molto comune. Accade così assai frequentemente che alla critica poststrutturale venga rimproverato l'abbandono dell'analisi della realtà sociale per rifugiarsi in giochi linguistici, a rischio, di diventare assolutamente velleitaria o irrilevante. In effetti, è evidente che l'esposizione delle fallacie semantiche non è certo sufficiente di per sé a provocare una magica sparizione di tutte le peggiori condizioni che affliggono la nostra società come la povertà, lo sfruttamento e la marginalizzazione.

Altrettanto evidente è però la confusione fra i due piani e con essa la confusione fra i termini di discorso e testo, di discorso e linguaggio nella quale questi critici finiscono per incorrere.

Sebbene sia facile confondere i termini, il modo in cui sono teorizzati ed utilizzati nelle due accezioni è profondamente differente, come del resto differenti rimangono poststrutturalismo e postmodernismo anche se continuano ad essere sovrapposti.

Invero, essendo stati utilizzati indistintamente nei vari campi delle *humanities* per trattare problemi a loro volta differenti, non stupisce come una certa ambiguità continui a persistere. Ambedue le tendenze infatti mettono in discussione alcuni dei presupposti della modernità, nondimeno le due critiche devono rimanere distinte.

Non si può infatti identificare discorso con linguaggio: nella visione poststrutturalistica costituisce discorso tutto ciò che è stato effettivamente detto con effetti di verità producendo conseguenze nel campo del potere³⁴, qualcosa di assolutamente diverso dunque dalla virtualità e dalla continua fluttuazione che il postmoderno riconduce alle infinite aperture che consentono le regole della grammatica, della logica e del contesto in cui si parla. È discorso, invece, solo ciò che è stato in effetti detto seguendo precise regole che governano formazioni discorsive concrete dalle quali dipendono le condizioni di esistenza e di trasformazione degli enunciati.

³⁴ Un discorso non è un linguaggio o un testo, ma una serie particolare di affermazioni, categorie e concetti storicamente, socialmente ed istituzionalmente situati. Foucault ritiene che l'elaborazione dei significati implica conflitto e potere, che i significati sono localmente messi in discussione all'interno di «campi di forza» discorsivi e che «la capacità di controllare un campo particolare consiste nella conoscenza incorporata non soltanto nella scrittura... ma anche nelle organizzazioni disciplinare e professionale, nelle istituzioni e nelle relazioni sociali».

Entrambe dunque muovono da una critica della modernità (nella versione sia liberale che marxista), mentre però il postmodernismo conduce ad una totale negazione di tutte le narrazioni moderne e porta con sé la negazione di qualunque possibilità di pensare una totalità sociale o di ancorarla ad un qualche fondamento, la critica poststrutturale presuppone invece un preciso punto di ancoraggio. Insomma, affermare che il discorso sia costitutivo della realtà sociale, non significa assolutamente anche presupporre che tutta la realtà sociale sia riducibile solamente al discorso.

A differenza del postmoderno³⁵, un'impostazione di tipo post-strutturale sembra invece aprire prospettive particolarmente interessanti nel campo del sapere giuridico, perché riporta l'attenzione sull'analisi del contesto in cui i giuristi operano e dal quale sono vincolati. È ovvio, però, che il contesto a cui ci si riferisce non è tanto il contesto politico, economico o culturale, latamente inteso, ma quello propriamente giuridico cioè il contesto (grammaticale) nel quale è possibile articolare i discorsi sul diritto. È costituito insomma dalla *legal consciousness*, dal modo di pensare

³⁵ Finora la trasposizione del postmodernismo nello studio del diritto è stata una vicenda quasi esclusivamente americana. Di esso si sono appropriati alcuni giuristi per rafforzare la critica realista nel corso di un dibattito con altri giuristi sul metodo che ha segnato la cultura americana nel corso dell'ultimo trentennio (sia consentito il rinvio a G. MARINI, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in «Pölemos», 1, 2010, p. 31 ss.; ID., *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, in «Riv. it. sci. giur.», 7, 2016, p. 95 ss.), facendo appunto leva sull'instabilità delle rappresentazioni e sull'impossibilità di raggiungere una chiusura, nel senso cioè di una rappresentazione definitiva della soluzione corretta ('finitzza') (DU. KENNEDY, *A Critique of Adjudication: (Fin De Siècle)*, Harvard University Press, Cambridge-London 1997). L'attacco era rivolto alla *legal necessity*, cioè a quel modo di descrivere e confezionare regole giuridiche come un prodotto necessitato di quel mixage di deduzione, ricorso ad un ordine sistematico coerente e bilanciamento degli interessi coinvolti, ben noto e diffuso anche da noi. L'individuazione della soluzione migliore sia tecnicamente (coerenza) che funzionalmente (in grado di rispondere alle esigenze della società e degli interpreti), attribuiva un crisma scientifico che serviva a fondare l'adozione di quella soluzione, ritenuta assolutamente neutrale.

In un secondo momento il postmoderno non serve più per dimostrare la parzialità sistematica del diritto, ma diventa anche un arnese teorico in una contesa interna alla sinistra nella quale l'instabilità delle rappresentazioni veniva rivolta adesso contro chi aveva utilizzato per le proprie ricostruzioni l'idea che il diritto consistesse in qualcosa di sufficientemente preciso (una struttura), tale da determinare certi risultati necessari come lo sfruttamento economico o il dominio del patriarcato o la discriminazione razziale o almeno richiedesse qualcosa di preciso, l'affermazione di una identità tale da permetterne l'uso in chiave di emancipazione (MARINI, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in «Riv. crit. dir. priv.», 4, 2021, p. 473 ss.; ID., *Il colore nel diritto: costruire la soggettività ai tempi della Critical Race Theory*, in *Teorie critiche del diritto*, a cura di O. GIOLO, M.G. BERNARDINI, Pacini, Pisa 2017, p. 51 ss.).

il diritto e, in particolare, dal linguaggio dell'argomentazione giuridica – le mosse, le tecniche, gli stili che utilizzano i giuristi per far funzionare il diritto. La grammatica, insomma, costituisce uno strato diverso da quello rappresentato dal contenuto delle regole stesse, che riguarda il modo in cui i giuristi costruiscono le argomentazioni giuridiche per renderle persuasive rispetto ai loro obiettivi (conoscere il vocabolario non significa conoscere la sintassi).

Il quadro ci ricorda che il diritto è al suo interno altamente strutturato. Proprio per questo, come vedremo, può essere articolato in modo da essere costitutivo della società³⁶. E dunque che il gioco è libero soltanto all'interno di una struttura. Nel contesto semiotico, si può parlare di indeterminazione solo a patto di intenderla 'strutturata', cioè ricondotta ai vincoli formali che la grammatica giuridica impone.

È a questo punto allora che si può anche rivalutare l'ansia poststrutturalista e rimetterla in gioco per assicurarci che questa lingua, questa struttura non coglie un dato universale, rimane sempre e soltanto un semplice linguaggio: un simulacro, una immagine, uno stile.

È questo complesso che determina come i giuristi, in determinati momenti storici, possono muoversi, determina cioè le loro condizioni di possibilità, il modo in cui possono condurre la conversazione. Insomma, se il diritto non è interamente manipolabile, non è nemmeno già tutto lì nei testi³⁷. Per il comparatista e non solo, diventa allora essenziale andare alla ricerca di queste componenti, della loro genesi, del luogo da dove vengono, come e da chi sono stati selezionati, del modo in cui sono stati assemblati, quali erano i conflitti che hanno accompagnato il processo³⁸.

Piuttosto che trovare il significato del diritto nel contesto, è più interessante comprendere il modo in cui il diritto emerge e si differenzia dal contesto, affermandosi come categoria separata. Come si de-differenzia

³⁶ DU. KENNEDY, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, in *Sexy Dressing Etc.: Essays On The Power And Politics Of Cultural Identity*, Harvard University Press, Cambridge 1993, p. 83; ID., *Sexual Abuse, Sexy Dressing, and the Eroticization of Domination*, *ivi*, p. 72, ora tradotto a cura di Marella e Marini, Napoli, ES, 2022.

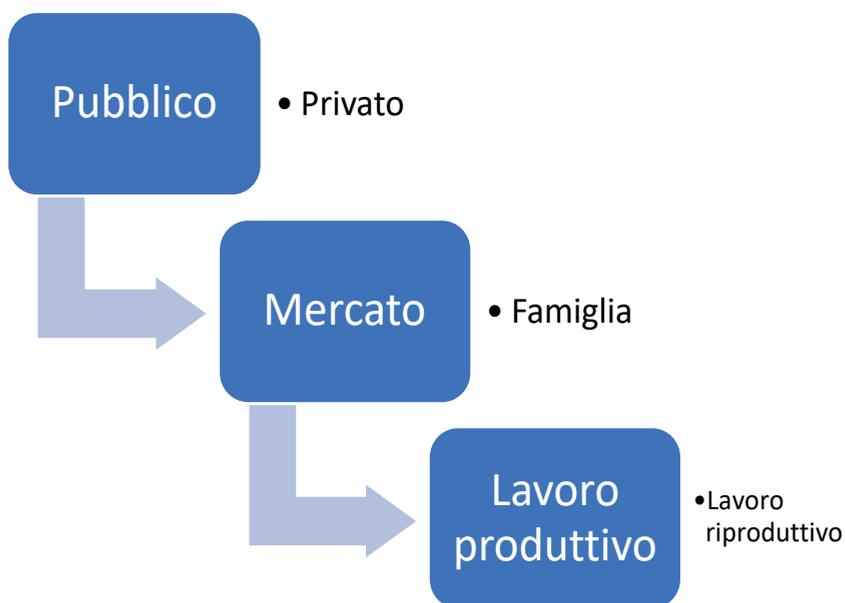
³⁷ Raramente è possibile conoscere i fatti se non sono prefigurati in un certo modo, ciò non significa che i fatti possono essere prefigurati in un'infinita possibilità di modi. Al contrario, gli *interpretive constructs* con i quali organizziamo i fatti sono altamente strutturati e delimitati.

³⁸ Il diritto comparato è sembrato allora niente altro che un progetto di *governance* che può condurre indifferentemente alla 'inclusione', 'normalizzando' culture diverse, o alla 'esclusione', attraverso la loro 'esoticizzazione', con relativa esaltazione delle qualità 'strategiche' dei diversi progetti di comparazione. Sul punto DA. KENNEDY, *The Methods and Politics of Comparative Law, in The Common Core of European Private Law: Essays on the Project 17* (Mauro Bussani & Ugo Mattei eds., 2002).

rispetto a tutto il resto.

C'è bisogno di maggiore sforzo di riflessione 'sulle regole per la produzione delle regole', su ciò che governa insomma il processo di formazione delle regole nei diversi sistemi.

È possibile allora cogliere meglio il significato del parallelismo – che potrebbe apparire un po' criptico – fra critica poststrutturale e modernismo, almeno per come è stato storicamente esplicitato da alcune delle avanguardie all'inizio del secolo scorso, come per esempio il cubismo o forse meglio il surrealismo. Entrambi, infatti, sia pure in modo diverso, cercavano di offrirci un'immagine di un oggetto in modo da portare alla luce qualcosa che prima rimaneva invisibile, cercavano così di mettere a nudo i vincoli che condizionavano le varie forme di pensiero³⁹.



³⁹ Una critica di questo tipo è dietro i dubbi sulla possibile convergenza fra i sistemi (anche europei) a causa delle diverse mentalità di chi sarebbe chiamato a metterli in funzione: alla distanza dunque non riguarda il contatto o l'immersione, ma l'episteme. È necessario ricondurre il testo all'episteme da cui è costruito, è necessario 'svelarlo', così ha meritato l'etichetta di postmodernismo la critica di P. LEGRAND, *European systems are not converging*, in «International and Comparative Law Quarterly», 45, 1, 1996, pp. 52-81.

8. La dicotomia pubblico/privato

Un classico esempio di discorso nell'accezione di cui si parlava è costituito dalla 'grande dicotomia' pubblico/privato che ha rappresentato uno degli assi portanti della modernità giuridica.

Sebbene oggetto di una critica corrosiva, che nel corso del tempo ne ha, a più riprese, variamente messo in discussione l'intrinseca validità - minandone il carattere originario di vera e propria categoria *a priori* del pensiero giuridico, riducendola al rango di semplice distinzione di carattere storicamente contingente e situato⁴⁰, confinandola pragmaticamente al ruolo di strumento utile per organizzare gli altri concetti ed i materiali giuridici - la dicotomia caratterizza ancora la *legal consciousness* dei giuristi contemporanei ed è all'opera, in modo più o meno palese, a tutte le diverse latitudini⁴¹.

Né la sua diffusione sembra essere stata eccessivamente turbata, peraltro, dalle denunce ricorrenti della sua natura ideologica. Fra le quali merita certo di essere ricordata quella assai autorevole mossagli dallo stesso Kelsen che, nella seconda edizione della *Dottrina pura* (1960), attacca decisamente la dicotomia perché da una parte, con l'enfatizzare la specialità e l'esorbitanza delle regole pubblicistiche permette di liberare lo Stato e i suoi organi, specialmente amministrativi, da una più stretta osservanza del diritto; dall'altra, quella non meno importante, di «impedire che ci si avveda che il diritto 'privato' prodotto per mezzo del contratto non è meno

⁴⁰ N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Einaudi, Torino 1981, ora in *Id.*, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1985, p. 3. Alcuni materiali della voce erano stati anticipati nel 1974 nel saggio *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, CEDAM, Padova, 1974, p. 2187 ss., ora in *Id.*, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1984, p. 145 ss., a sua volta preceduto dal saggio del 1970, *Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto*, ora *ivi*, p. 123 ss. Sulla storicità della distinzione già chiaramente S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, Milano 1964, p. 745. Vedi ora B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*, il Mulino, Bologna 2020.

⁴¹ J.-B. AUBY, *Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français*, in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques*, diretto da *Id.*, M. Freedland, Pantheon-Assas, Paris 2004, p. 27; DU. KENNEDY, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, in «University of Pennsylvania Law Review», 130, 6, 1982, p. 1349, p. 1353; K.E. KLARE, *Public/Private Distinction in Labor Law*, *ivi*, p. 1358; A. FREEMAN, E. MENSCH, *The Public-Private Distinction in American Law and Life*, in «Buffalo Law Review», 36, 2, 1987, p. 237; P.M. SCHOENHARD, *A Three-Dimensional Approach to the Public-Private Distinction*, in «Utah Law Review», 2008, 2, 2008, p. 635; *Id.*, *Development in the Law — State Action and Public/Private Distinction*, in «Harvard Law Review», 123, 1248 (2009-2010); Y. BLANK, I. ROSEN-ZVI, *The Persistence of the Public/Private Divide in Environmental Regulation*, in «Theoretical Inquiries in Law», 15, 1, 2014, p. 199.

teatro del potere politico di quanto lo sia il diritto pubblico prodotto dalla legislazione e dall'amministrazione»⁴².

Anzi, in alcuni casi, si è ipotizzato addirittura un suo possibile 'ritorno', anche se si è dovuto riconoscere come i termini della dicotomia si siano necessariamente modificati, perché modificati sono stati gli elementi che compongono ciascuna delle due sfere, la loro stabilità relativa e l'intensità dell'interrelazioni che vengono a crearsi fra di loro.

Questa trasformazione è il prodotto dell'ascesa dello Stato regolatorio e dell'inevitabile interconnessione fra pubblico e privato resa evidente dall'incremento della regolazione pubblica delle attività private. E mette continuamente alla prova giuristi e giudici, che sono chiamati a precisarne i compiti ed a definirne i confini⁴³.

Possiamo dire insomma – parafrasando Maitland – che la distinzione certamente estinta «*it still rules us from the grave*». In particolare, uno degli aspetti che merita di essere sottolineato è come la dicotomia continui a rimanere vitale quando si tratta di segnare i margini di legittimità dell'intervento statale all'interno di ognuna delle due sfere.

A cominciare da quando i mercati hanno assunto un ruolo di istituzione centrale dello sviluppo economico, una delle idee portanti è stata quella secondo la quale l'intervento nella sfera privata, cioè il mercato e la famiglia, fosse ingiustificato e dovesse essere drasticamente limitato (riguardo al primo) e addirittura inammissibile (riguardo alla seconda), mentre al contrario dovesse essere considerato normale anzi necessario nella sfera pubblica⁴⁴.

Caratterizzato da una struttura asimmetrica e verticale delle relazioni,

⁴² H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Roma 1954. Fra gli altri merita di essere ricordato anche l'attacco delle giuriste femministe C.A. Mackinnon, *Toward A Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge-London 1989, pp. 184-194; R. West, *Progressive Constitutionalism: Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Duke University Press, Durham-London, 1994, p. 119.

⁴³ S. Casese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009.

⁴⁴ Una prima compiuta elaborazione è in F.E. Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, in «Harvard Law Review», 96, 1982, p. 1527. Vedi anche R.E. Gavison, *Feminism and the Private-Public Distinction*, in «Stanford Law Review», 45, 1, 1992, p. 3; Mackinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, in «The Yale Law Journal», 100, 5, 1991, p.1281, p. 1311; C. Pateman, *Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy*, in Ead., *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*, Stanford University Press, Stanford 1989, p. 118; M. Eichner, *The Family and the Market — Redux*, in «Theoretical Inquiries in Law», 13, 1, 2012, p. 97; T.E. Higgins, *Reviving the Public/Private Distinction in Feminist Theorizing*, in «Chicago-Kent Law Review», 75, 2000, pp. 861-866.

il pubblico rimane un'area relativamente aperta alla politica ed alla redistribuzione. Per assicurare la libertà e la partecipazione al processo democratico di tutti cittadini, l'intervento statale e la regolamentazione sono considerati giusti, naturali e necessari. Ed altrettanto naturale e necessario è l'esercizio del potere statale quando si devono perseguire obiettivi di carattere generale.

Al contrario, la sfera del privato è costruita come la sfera della singolarità e della differenza, uno spazio in cui il conflitto fra soggetti liberi e diversi realizza il benessere comune. Caratterizzata invece da una dimensione paritaria ed orizzontale delle relazioni, il privato è un'area estranea al conflitto politico, dominata invece dalla neutralità delle sue regole e dall'oggettività delle sue costruzioni. Nella sfera privata dunque l'uguaglianza rimane a livello esclusivamente formale e le asimmetrie – che siano esse considerate un fenomeno 'naturale', oppure implicitamente 'accettate' oppure ancora un semplice rischio della libertà riconosciuta ai singoli – devono essere accettate. Di conseguenza, i tentativi di regolamentazione delle varie forme di supremazia sono considerati, al contrario, un'ingiustificata interferenza con la libertà individuale⁴⁵.

Questo presupposto ha condizionato ed ancora continua a condizionare la *legal consciousness contemporanea* perché richiede un surplus di giustificazioni ad ogni tentativo di regolamentazione della sfera privata o di interferenza attraverso l'intervento dei giudici. Ogni intervento nella sfera privata costituisce infatti una forma di coazione in un'area altrimenti dominata dalla libertà.

Questa tendenza costituisce parte di una *langue* che comincia ad essere parlata in tutta l'area di influenza delle potenze europee, a partire dalla Francia del Code Napoléon e dalla Germania⁴⁶, conquista presto anche il mondo di *common law*. Il suo fondamento, com'è noto, è rappresentato dalla combinazione dell'idea di sistema con la teoria della volontà secondo la quale il primo è incentrato sulla protezione della libertà individuale, obiettivo che è possibile raggiungere restringendo la libertà degli altri solo nella misura necessaria per consentire a tutti di perseguire i propri obiettivi⁴⁷.

È Savigny, com'è noto, a dare una sistemazione definitiva del diritto in

⁴⁵ Il femminismo richiamando l'attenzione sulle forme di gerarchia e dominio esercitata anche nella sfera pubblica attraverso l'adozione di particolari norme con caratteristiche di genere e razziali ha messo in discussione la dicotomia.

⁴⁶ Il prestigio all'interno dei paesi del mondo occidentale e l'imperialismo all'esterno dovevano promuovere la diffusione del modello.

⁴⁷ Secondo il postulato kantiano, «la limitazione della libertà di ciascuno alla condizione del suo accordo con la libertà dell'altro, in quanto ciò è possibile secondo una legge universale».

due sfere separate: da una parte lo *Staatsrecht* che ha per oggetto lo stato, ovverosia l'organica manifestazione del popolo e dall'altra il diritto privato che ha per oggetto invece l'insieme delle relazioni intersoggettive, cioè dei «rapporti giuridici in cui ciascuno esplica la propria vita» e la propria libertà.

Il primo si orienta verso la dimensione collettiva, dando spazio alla generalità del vincolo sociale ed alla sua dimensione sovraindividuale, mentre il secondo si orienta verso lo spazio della libertà civile del singolo. In questo modo, il primo può assumere una forma particolare per ogni popolo, mentre il secondo è destinato invece ad essere considerato universale.

Ne consegue una contrapposizione, ma anche una necessaria connessione fra diritto privato e diritto pubblico che il pensiero classico – con sfumature diverse – organizza secondo un ordine gerarchico nel quale il primo precede il secondo ed occupa una posizione privilegiata al centro del sistema.

La sua difesa, com'è stato notato, fa leva sul diritto naturale, sull'originarietà naturale della persona umana i cui attributi fra i quali proprio la sua potestà di volere – che diventa appunto l'essenza del diritto soggettivo – devono essere protetti.

In questa prospettiva l'uomo è portatore di diritti 'innati', 'naturali', 'assoluti' che precedono il loro riconoscimento e tutela da parte di qualunque organizzazione sociale positiva. L'intero sistema del diritto (privato) veniva derivato dal principio di libertà e dall'accordo delle libere volontà individuali che avrebbe dovuto portare a termine la pandettistica attraverso l'edificazione della teoria del negozio giuridico, secondo la quale lo stato doveva costituire il massimo organo di conservazione e difesa degli interessi privati ed il diritto pubblico era inteso soltanto come l'insieme dei mezzi tecnici con i quali realizzare questa conservazione e questa difesa.

L'autonomia del diritto privato non è mai in questione, il pubblico ha una funzione soltanto protettiva della signoria individuale della quale assicura la giustiziabilità⁴⁸, circondando una sfera di libertà d'agire nella quale l'individuo è sovrano⁴⁹, nella quale ovviamente prevalgono norme

⁴⁸ La superiorità della norma non è comunque in questione: si è ormai composta la contrapposizione tra volontà individuale e norma giuridica, tra la pretesa funzione 'sovrana e creatrice' della prima e gli effetti giuridici determinati dalla seconda. La codificazione si è sedimentata al punto che, anche nei rapporti tra i soggetti individuali, il diritto appare ormai sempre di più come «una manifestazione della volontà dello Stato», come espressione di una «volontà superiore» così B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.

⁴⁹ Cfr. B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit. Nel diritto soggettivo la signoria della volontà convive con l'interesse giuridicamente protetto ed è ancorata ad un riconoscimento normativo, dando vita a definizioni sincretistiche, cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in Jus, XI (1960), p. 149 ss.

di carattere dispositivo su quelle di carattere imperativo. Nel diritto pubblico, invece, emergono profonde differenze strutturali: l'interesse individuale lascia il posto all'interesse collettivo, all'uguaglianza degli interessi in conflitto è sostituita una radicale disuguaglianza che determina la struttura di tutti gli istituti, la stabilità e la perfezione delle norme lascia il posto alla fluttuazione ed alla mutabilità della regolamentazione ad opera dell'ordinamento⁵⁰.

Il mantenimento dei confini fra le due sfere è affidato alla scienza giuridica che, così, riesce a tenere separato anche il diritto dalla politica⁵¹.

La teoria della volontà si ferma però ai confini della famiglia, dove invece regna un assetto gerarchico e, declinato in varie formule, l'altruismo o la solidarietà. Prende corpo una ulteriore dicotomia: quella fra diritto del mercato e diritto della famiglia. Tale dicotomia separa la sfera pubblica dello Stato da quella della società civile e, al suo interno, la famiglia che viene considerata privata rispetto alla sfera relativamente pubblica del mercato ed a quella pienamente pubblica dello Stato⁵².

9. *La critica sociale alla dicotomia pubblico/privato*

Com'è altrettanto noto, questa visione doveva essere criticata in una fase successiva, che può essere definita del 'sociale', la cui onda lunga si spinge fino alla fine degli anni '70 del secolo passato, seguendo gli stessi itinerari della prima anche se con esiti assai più variegati, che vanno dalle esperienze socialdemocratiche europee, alle involuzioni totalitaristiche, all'autarchia del fascismo, all'autoritarismo latinoamericano, fino ai movimenti antiimperialistici per l'indipendenza.

Quella critica produce però una nuova *langue* che sostituisce al giurista, eroe dell'epoca classica, la figura centrale del legislatore e talvolta anche della pubblica amministrazione. Con la sua preoccupazione per la società, il sociale pensa al diritto come una attività con finalità specifiche, un

⁵⁰ Il trionfo della specialità del diritto amministrativo, segnata da una varietà di modelli e manifestazioni a seconda della tipologia statale di riferimento, rende evidente la dicotomia, distinguendo i rapporti giuridici in 'rapporti dei cittadini fra di loro' ed 'rapporti fra Stato e sudditi', in relazioni cioè che derivano dal vincolo associativo.

⁵¹ La scienza giuridica crea così uno spazio neutrale al riparo dalle pericolose ed instabili spinte redistributive della politica. Fra i molti S. RODOTÀ, *Introduzione*, in *Il diritto privato nella società moderna*, a cura di S. Rodotà, il Mulino, Bologna 1971.

⁵² Vedi *supra*, par. precedente.

meccanismo di regolazione che avrebbe dovuto facilitare l'evoluzione della società in una direzione (migliore) programmata⁵³.

Questa critica, presentata spesso come una vera e propria 'rottura', è invece il prodotto di un processo graduale. È la stessa scuola storica, infatti, che getta i presupposti di questa revisione che conduce lentamente ad una 'riscoperta' del 'diritto oggettivo' e del pubblico con tutte le implicazioni che comporta⁵⁴.

Non bisogna dimenticare, infatti, che il potere della volontà viene assicurato dall'ordinamento, al quale spetta di determinare le condizioni alle quali le sue diverse manifestazioni diventano rilevanti e possono essere realizzate. Al riconoscimento normativo dal quale il diritto soggettivo dipende, si affiancherà poi l'interesse giuridicamente protetto che, con Jhering, entrerà a far parte definitivamente della sua definizione.

Ulteriori sviluppi sul piano filosofico ed ideologico facilitano la transizione: positivismo e storicismo confluiranno nel porre la società ed i processi collettivi all'origine ed al centro dello sviluppo del diritto; l'affermazione di teorie statualiste prima e socialiste poi condurranno ad esaltare in varia misura lo stato o comunque la dimensione collettiva che prenderanno il posto del singolo; e lo spirito del popolo o la coscienza della Nazione cederà gradualmente il passo allo Stato nazionale con connotazioni spesso autoritarie⁵⁵.

Tutti contribuiscono a produrre, in una varietà di percorsi e di modelli, un rovesciamento dei rapporti fra diritto soggettivo ed oggettivo, diritto privato e pubblico, individuo e Stato, individuo e società.

Nella nuova prospettiva è la società, come complesso di individui, a prendere il posto del singolo al centro del sistema. Caratterizzata da una struttura fortemente interdipendente, la società aveva bisogno di un diritto diverso, di un diritto che fosse al tempo stesso più flessibile e solidaristico del precedente. Pur in una gamma assai varia di soluzioni, il diritto privato

⁵³ Si rinvia a G. MARINI, *L'Italian Style fra centro e periferia ovvero Gramsci, Gorla e la posta in gioco nel diritto privato*, cit., p. 95 ss.

⁵⁴ Appena si comincerà a parlare di diritto soggettivo appare una compresenza, una bipolarità di ogni costruzione: «l'uno potrà essere pensato più robusto dell'altro, ma è loro destino procedere di conserva» (ORESTANO, *Verso l'unità della conoscenza giuridica*, in «Riv. trim. dir. pub.», 1984, p. 647 e ss., spec. p. 660).

⁵⁵ In questo quadro i residui giusnaturalistici vengono del tutto abbandonati: le posizioni di vantaggio, nel diritto pubblico, non sono altro che effetto riflesso di un ordine giuridico, creato dallo stato, il prodotto dell'autolimitazione dello stato e dipendono interamente da una libera concessione della sovranità. Cosa che spiega anche i limiti di configurabilità di un diritto soggettivo individuale e la conseguente limitazione degli spazi di tutela giurisdizionale. Sul punto ampiamente ancora B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit.

in questa fase subisce delle trasformazioni, deve evolversi necessariamente per rendere i soggetti responsabili delle conseguenze delle proprie azioni ed aumentare così la solidarietà, la fiducia e la cooperazione. Si moltiplicano i limiti alla libertà individuale con la funzione sociale, l'ordine pubblico, la buona fede e la socializzazione della responsabilità civile.

In questa prospettiva, la due sfere che compongono la dicotomia lasciano emergere nuove forme di interdipendenza e combinazione non elaborata dal pensiero classico; dove l'elemento pubblicistico e quello privatistico si avvicinano fino quasi a confondersi, dove diritti dei privati e doveri pubblici convivono⁵⁶. Nel segno della regolamentazione nell'interesse 'superiore' della società, anche le due sfere contrapposte del mercato e della famiglia, come vedremo, tendono a riavvicinarsi.

Dall'interdipendenza che lega i componenti della società emerge ora un nuovo diritto: il diritto sociale, prodotto all'interno di gruppi, corpi sociali e collettività organizzate ed indipendente dal consenso dei privati e dall'autorità dello Stato⁵⁷. La sua presenza è tale da scardinare il binomio individuo (isolato)/Stato (persona giuridica) individualismo/'statalismo' lasciando intravedere una realtà più complessa. La dicotomia resiste, non sempre infatti l'autonomia del sociale riesce ad imporsi, ma viene riassorbita ed integrata dallo stato, il cui compito è realizzare una 'società armonica'⁵⁸.

Il pubblico occupa gradualmente lo spazio lasciato vuoto dal pensiero classico fra individuo e sovranità, e si spinge, attraverso la legislazione speciale, ad invadere la sfera del privato, sottraendogli una vasta gamma di rapporti che prima cadeva sotto la giurisdizione della volontà individuale; proliferano ibridazioni e frammentazioni, dando vita ad una zona grigia che rimette continuamente in discussione i confini fra le due sfere.

Così la stessa tenuta della dicotomia può entrare in discussione. Perduto il carattere aprioristico, la dicotomia è diventata soltanto questione di

⁵⁶ Il privato appare sempre di più «una semplice specificazione» del pubblico; «una delle sue forme e direzioni, una sua diramazione. Non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, che ne costituisce la radice e il tronco, ed è necessario alla sua tutela, ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto silenziosamente, dominato» cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Nistri, Pisa 1918, rist. Sansoni, Firenze 1977, pp. 7-8.

⁵⁷ Il diritto dello stato non è che una parte di un fenomeno più ampio di pluralismo giuridico, cfr. G. GURVITCH, *L'idée du droit social; notion et système du droit social: histoire doctrinale depuis le XVIIIe siècle jusqu'à la fin du XIXe siècle*, Sirey, Paris 1931; E. EHRLICH, N. ISAACS, *The sociology of law*, in «Harvard Law Review», 36, 2, 1922, p. 130.

⁵⁸ Il pluralismo sociale si trasforma in monolitismo statualistico nell'esperienza corporativa fascista: il lavoro è un 'dovere sociale'; la produzione è unitaria e nazionale, risponde ad 'interessi superiori' e impone doveri di 'solidarietà tra i vari fattori della produzione'; corporazioni e partito unico assurgono a organi dello Stato.

diritto positivo, si riconosce cioè che il confine fra le due sfere è mobile ed è continuamente esposto al cambiamento per conseguire obiettivi sociali.

La dicotomia resiste, però, anche se i termini della gerarchia sono ormai definitivamente ribaltati, perché adesso è il pubblico che precede il privato. Con tutte le conseguenze del caso⁵⁹.

Nel sistema, che rimane ancora fondamentale, l'individuo viene così via via sostituito da un nuovo ed assorbente soggetto di diritto (identificato variamente con la società, lo stato, la collettività o, infine, la norma stessa⁶⁰). Gli stessi uomini, le persone fisiche dalla cui forza creatrice nella fase classica dipendeva il diritto, diventano ora oggetti di questi nuovi soggetti dai quali dipende la loro esistenza e la loro qualificazione giuridica⁶¹.

Questa visione ribaltava non solo la relazione fra i campi del diritto, ma pure le distinzioni dottrinali e gli ordini concettuali presenti al loro interno. Se ora è il pubblico che precede il privato, per conseguire obiettivi sociali potranno essere imposti obblighi ai privati anche in modo del tutto indipendentemente dalla loro volontà se è necessario assicurare la tutela della sicurezza dei traffici, dell'affidamento dei terzi; e la responsabilità ugualmente potrà essere imposta indipendentemente dalla colpa laddove è necessario 'internalizzare' i costi, o ripartirli sulla comunità o esercitare efficacia deterrente.

Anche in questa fase, però, la neutralità potrà essere conservata perché questi obiettivi dipendono dalle necessità funzionali della società che potranno essere scoperte soltanto attraverso l'osservazione scientifica della realtà.

⁵⁹ Le innovazioni furono molteplici. Il diritto non costituisce più, come nell'immagine liberale, un limite nei confronti del potere statale, necessario per difendere la libertà individuale, ma diventa uno strumento di organizzazione sociale capace di limitarla, sottomettendo il suo esercizio ad una serie di esigenze sociali che sono ritenute prevalenti.

⁶⁰ La critica più profonda e radicale che viene mossa al paradigma del soggetto di diritto sarà, com'è noto, quella compiuta dalla dottrina dell'oggettivazione normativistica che lo definirà «una duplicazione illusoria del diritto oggettivo, un'ombra trattata come una cosa salda» cfr. H. Kelsen, cit.

⁶¹ Nella prima l'individuo è all'origine della società, il soggetto si colloca in un momento antecedente alla società, in questa visione la stessa conoscenza non è influenzata dall'esperienza, ma è il prodotto di un soggetto trascendentale, di categorie universali e condivise, indipendenti dalle contingenze temporali e spaziali. Nella seconda, sebbene concepita come l'opposto, la priorità temporale dei due termini è però solo ribaltata. La conoscenza è il prodotto di una realtà sensibile che esiste indipendentemente dai soggetti. In questa prospettiva il pensiero senza una verifica empirica è semplice soggettività o vuoto formalismo dal momento che la coerenza interna delle proposizioni non ha una relazione necessaria con il mondo reale. È l'oggetto che diventa trascendentale. Una visione all'origine di un gruppo di teorie sociali diverse come il materialismo, il funzionalismo ed il primo strutturalismo.

Ambedue le fasi insomma fanno leva sulla stessa dicotomia soggetto/oggetto di cui il sociale non scardina la struttura, ma ne inverte soltanto i poli, condividendo a ruoli invertiti la stessa visione 'mitica' delle origini: l'individuo e la sua volontà autonoma non sono più alla base delle relazioni sociali ma, al contrario, è diventato il prodotto della società o di leggi strutturali che lo precedono o di qualche altro fondamento oggettivo⁶².

10. *La critica realista*

Questo ribaltamento della prospettiva, prodotto dal sociale, assume, come vedremo, toni estremamente originali con il realismo giuridico statunitense, in cui effettivamente la disgregazione dei confini viene condotta alle sue estreme conseguenze, aprendo una prospettiva assai interessante e ancora molto attuale.

Certo, bisogna precisare subito come non sempre gli obiettivi della critica realista abbiano coinciso esattamente con l'obiettivo di eliminare i difetti sociali (disuguaglianze e stratificazioni sociali) prodotti dal formalismo che aveva caratterizzato il pensiero sociale sul continente. Rispondevano, invece, alla necessità di sbarazzarsi del fardello della dottrina Lochner con la quale la Corte Suprema aveva preso a fulminare di incostituzionalità la maggior parte della legislazione di ispirazione sociale⁶³.

In alcune delle sue formulazioni, la critica si spingeva ad affermare il carattere coercitivo di tutto il diritto e dunque dello stesso diritto privato: del resto attraverso il diritto privato lo stato delega ai privati il potere (pubblico). E definire 'non intervento' la scelta di astenersi dalla

⁶² Questa dicotomia genera e da luogo ad altre come quella fra pensiero/materia, mente/corpo, uomo/natura.

I discorsi organizzati intorno alla dicotomia soggetto/oggetto sottovalutano il fatto che gli individui non operano in una sfera del tutto separata perché anche riflettere su se stessi si fonda sul ricorso a categorie rappresentative socialmente condivise, così come non esiste una sfera pubblica separata da quella privata perché quest'ultima è costituita da individui che agiscono e concepiscono il mondo in modi particolari. Ambedue convergono nell'immagine dello scienziato o dell'osservatore oggettivo, la cui conoscenza è distaccata dall'oggetto che studia e dalle forze sociali che lo determinano.

⁶³ Com'è noto, con il caso Lochner (*Lochner vs. New York*) la Corte Suprema aveva recepito la teoria della volontà alla base della fase classica all'interno dell'interpretazione del concetto di *due process* e del significato della *liberty* protetta dal XIV Emendamento della Costituzione attaccando qualunque legislazione che limitasse la libertà contrattuale delle parti,

regolamentazione della sfera privata è soltanto una mossa retorica che assicura, in realtà, la conservazione dello *status quo* e, come tale, può considerarsi altrettanto attivo e coercitivo di qualunque altra forma di regolamentazione⁶⁴.

Si può discutere quanto, con ciò, fosse posta apertamente la questione della legittimità dell'esercizio del potere contrattuale, cioè dei limiti e della misura in cui è possibile sfruttare in condizioni di contrattazione 'diseguale' la condizione di vantaggio di cui una parte può godere nei confronti dell'altra; certamente, però, veniva portata in esponente la natura inevitabilmente 'politica' (nel senso di politica del diritto o *social engineering*) delle decisioni che ogni ordinamento è chiamato a prendere sul punto.

La critica dei realisti, in particolare, mirava a decostruire proprio la dicotomia pubblico/privato mettendo in luce il ruolo dello stato nella definizione di queste *background rules*, le regole cioè che determinano i poteri delle parti nelle relazioni private (e conseguentemente la sua responsabilità, come più tardi altri critici potranno sostenere, nella creazione e nel mantenimento di una distribuzione ineguale della ricchezza⁶⁵). I realisti, infatti, rifiutavano la visione del pensiero classico secondo la quale gli istituti che appartengono al diritto privato come il contratto e la proprietà fossero basati sulla libertà individuale piuttosto che sulla coercizione. In questo senso, Robert Hale poteva smantellare il quadro idilliaco delle relazioni private come quello del dominio della libertà e dell'autonomia, rimettendo in discussione anche la dicotomia coercizione/libertà⁶⁶.

Nella loro visione il contratto infatti era pubblico piuttosto che privato, regno della coercizione piuttosto che della libertà, poiché, rendendo i contratti vincolanti, lo stato non fa altro che delegare agli individui il proprio potere coercitivo e impedire che una parte si sottragga⁶⁷.

Ugualmente la proprietà veniva paragonata alla sovranità. Nel suo famoso saggio, infatti, Morris Cohen ribaltava la visione classica della proprietà come un diritto (naturale) che lo stato si limitava a riconoscere ed

⁶⁴ M. COHEN, *The Basis of Contract*, in «Harvard Law Review», 46, 4, 1933, p. 553; R. HALE, *Bargaining Duress and Economic Liberty*, in «Columbia Law Review», 43, 5, 1943, p. 603; Id., *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in «Political Science Quarterly», 38, 3, 1923, p. 470. Vedi ora J.W. SINGER, *Legal Realism Now*, in «California Law Review», 76, 2, 1988, p. 465, pp. 482-87.

⁶⁵ Per tutti DU. KENNEDY, *Law Distributes I: Ricardo Marx Cls*, 24 febbraio 2021, in SSRN.

⁶⁶ B.H. FRIED, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and The First Law And Economics Movement*, Harvard University Press, Cambridge 1998.

⁶⁷ M. COHEN, *The Basis of Contract*, cit., p. 562; cfr. J.M. FEINMAN, GABEL, *Contract Law as Ideology*, in *The Politics Of Law: A Progressive Critique*, a cura di D. Kairys, Pantheon, New York 1990, p. 373.

eventualmente a proteggere in quei rari casi in cui fosse stato minacciato; nella sua prospettiva la proprietà è invece il potere, attribuito dallo stato al proprietario, di impedire agli altri di impossessarsi delle risorse, di cui gli è riconosciuta la titolarità, senza il suo consenso⁶⁸; e dunque anche il conseguente potere di stabilire le condizioni (economiche e non) per rimuovere quel limite e consentire agli altri di accedere alla sua proprietà.

In definitiva, nella ricostruzione dei realisti, si riconosceva che è il diritto stesso a creare proprietari e possessori.

Il potere che le parti esercitano nel mercato non è il prodotto delle loro decisioni libere e della loro abilità, ma è determinato dalla rete di regole attraverso le quali il diritto assegna la proprietà e regola le contrattazioni⁶⁹.

Le *background rules* mostrano allora un significativo effetto distributivo poiché incidono sul potere contrattuale delle parti e dunque sulla loro capacità di ottenere ciò che desiderano nei rapporti di cooperazione e conflitto con gli altri (incidendo sull'uguaglianza e non solo sulla libertà)⁷⁰. In questo modo tutta una serie di condizioni – che riteniamo essere il prodotto di una determinata società, come la classe o la condizione di lavoratore – sono invece il prodotto del diritto che non opera solo ai margini delle relazioni private, governandone soltanto alcuni aspetti, ma si rivela invece assolutamente pervasivo perché costitutivo dei poteri e dunque delle identità individuali che condiziona anche nei loro più intimi profili.

Questa azione del diritto, come opportunamente i realisti sottolineavano, è visibile non solo quando il diritto è presente con una specifica regolamentazione, ma anche quando il diritto è assente: quando il diritto omette di intervenire, quando nega diritti, poiché lascia intatto lo *status quo* e realizza sempre effetti distributivi, perché favorisce qualcuno rispetto a qualcun altro⁷¹.

Questo genere di analisi distributiva che i realisti elaboravano relativamente alle relazioni economiche era suscettibile di estendersi anche a tutte le altre relazioni di potere. Come, del resto, verrà ampiamente

⁶⁸ M. COHEN, *Property and Sovereignty*, in «Cornell Law Quarterly», 13, 1, 1927, p. 12.

⁶⁹ R. HALE, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, cit., p. 478.

⁷⁰ Llewellyn amplia assai questo campo intendendo per diritto anche tutto ciò che i giuristi fanno, ciò che si può ragionevolmente predire che faranno, le regole che applicano, le ideologie che hanno e che gli altri hanno sul diritto, insomma tutto ciò che ha effetto su di loro.

⁷¹ Il riferimento è W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in «Yale Law Journal», 23, 1, 1913, p. 16, nella sua tavola di opposti e correlativi figura la situazione di *privilege+no-right* costituisce una relazione giuridica altrettanto evidente quanto quella fra *duty+right*, il fatto di aver considerato il diritto da una prospettiva prevalentemente imperativistica, cioè come comando ha facilitato l'equivoco.

sottolineato, più vicino ai nostri tempi, nelle relazioni fra uomini e donne, fra bianchi e neri, fra cittadini ed immigrati, il potere degli uni nei confronti degli altri dipende infatti dal diritto.

Non vi è dubbio, allora, che questo genere di relazioni siano inserite in un complesso tessuto regolamentare che determina e condiziona il risultato dei loro reciproci rapporti di cooperazione e conflitto. Così, ad esempio, la misura in cui viene sanzionata e perseguita la violenza degli uomini nei confronti delle donne nelle relazioni domestiche, insieme ad una miriade di altre regole che vanno da quelle che riguardano il diritto di porre fine alla gravidanza alla protezione contro gli illeciti endofamiliari, dalle regole sul divorzio a quelle che riguardano gli assegni di mantenimento, gli alimenti e la custodia dei figli incidono direttamente sul potere contrattuale degli uomini nei confronti delle donne quando entrano nei rapporti di cooperazione o di conflitto da posizioni 'sessuate'⁷².

La critica realista ha riavvicinato pubblico e privato: ora il primo coesiste e al tempo stesso costituisce il secondo, regolando le istituzioni del mercato e della famiglia.

Riconoscere la presenza di conseguenze politiche e distributive in ambedue le sfere ha però portato inevitabilmente ad una crisi di legittimazione.

11. *Pubblico e privato nella fase contemporanea*

Dopo la fine della seconda guerra mondiale si avvia una terza fase dei rapporti fra pubblico e privato che ha, questa volta, negli Stati Uniti il suo luogo di emergenza e vede il giudice nel ruolo di protagonista del progetto, ma non ha un tema altrettanto dominante come le due fasi che precedono.

Decenni di confronti hanno indebolito il pensiero classico ma anche il pensiero sociale. La contrapposizione sembra essersi affievolita, nessuna forma di *legal consciousness* reclama più la scena tutta per sé. Ora, anzi, le due possono stare fianco a fianco, i loro temi portanti, tradotti in argomenti sostanziali, sono diventati secondari rispetto alla procedura, nel senso del modo in cui si giustificano le soluzioni raggiunte.

Il quadro che caratterizza questa fase è dominato da una struttura

⁷² Per una dimostrazione DU. KENNEDY, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, in *Sexy Dressing Etc.: Essays On The Power And Politics Of Cultural Identity*, cit., p. 83; ID., *Sexual Abuse, Sexy Dressing, and the Eroticization of Domination*, *ivi*, p. 72.

e da un linguaggio largamente condiviso: quello dei diritti umani. La riproposizione dei diritti, non come diritti individuali, né come diritti sociali, ma come diritti umani opera a diversi livelli: proposti nelle vesti di diritti fondamentali attribuiscono ai singoli prerogative individuali, i diritti umani operano però anche come principi o valori, diventando così rilevanti virtualmente in ogni disputa.

I diritti umani costituiscono il simbolo stesso di un'idea di diritto che opera su basi universali, al tempo stesso naturale e positivo, in modo assolutamente analogo a quanto accadeva con il diritto soggettivo, la volontà o la colpa nel pensiero classico.

Le finalità sociali prepotentemente emerse nella seconda fase, intorno alle quali venivano ricostruiti nuovi sistemi di regole coerenti con esse, sono divenute ora delle semplici *policies*. Insieme ai valori ed altri principi, fra i quali ora anche l'autonomia individuale, entrano in gioco come elementi che devono essere bilanciati fra di loro – spesso integrati da ulteriori considerazioni relative alla amministrabilità delle regole e competenza istituzionale del *decision-maker* (nel senso di maggiore o minore attivismo giudiziale ed ora anche nel senso di maggiore o minore intervento delle fonti internazionali) – per dare vita a regole che costituiscono specifici compromessi.

Il prodotto doveva essere la definitiva affermazione delle tecniche ponderative originate nella seconda fase. Non esiste, ad esempio, un settore del diritto dei contratti in cui oggi non sia necessario ricorrere ad un bilanciamento fra *conflicting considerations* (valori costituzionali, efficienza allocativa, si sono affiancati alle alternative classiche: volontà dichiarata e buona fede, certezza e divieto di abuso, promessa e affidamento, tutti elementi che possono entrare in gioco a seconda delle circostanze).

Un meccanismo che dipende per il suo funzionamento interamente dall'intervento del giudice, che svolge un ruolo fondamentale, prendendo il posto del professore di diritto o dello scienziato sociale che aveva esercitato una egemonia indiscussa nelle fasi precedenti. Invece di considerare le relazioni del diritto con la morale o del diritto con la società, il pensiero giuridico contemporaneo è preoccupato prevalentemente delle relazioni fra diritto e politica.

In questo contesto la dicotomia pubblico/privato tende a trasformarsi. Se nella fase del sociale era il privato a restringersi, questa fase contemporanea sembrerebbe invece aver prodotto una inversione di tendenza in cui è il pubblico a contrarsi di nuovo per lasciare spazio ad una sempre maggiore privatizzazione.

Come per tutte quelle altre visioni che presuppongono il ritiro, deliberato o meno, dello Stato nazionale dalla scena, anche questa

ricostruzione appare troppo semplicistica e non sembra cogliere davvero i tratti del fenomeno. Sarà invece opportuno ripartire da un quadro più complesso caratterizzato dalla natura dinamica ed instabile di ognuna delle due sfere e dalla complessità dei rapporti fra di loro provocata dalla necessità di una continua negoziazione dei loro compiti e dei loro confini.

Questo processo è stato accompagnato da un impianto teorico che ha provato a ripristinare, a diversi livelli, i termini della dicotomia e con essa l'esistenza di una sfera autonoma in cui lo stato ed il pubblico non sono assolutamente implicati⁷³. Si è tentato di riprodurre così la discontinuità fra le due sfere rispetto al quadro proposto dal sociale ed il recupero di alcune tipiche argomentazioni che diventano la chiave per strutturare il campo entro il quale devono decidersi le singole controversie. Fra di esse l'idea che, in assenza di una legislazione specifica, lo Stato non possa mai essere considerato responsabile dei risultati prodotti; che le decisioni giudiziali, anche consolidate in precedenti stabili, non possono mai influenzare i risultati del mercato; che il mercato è fondato su scambi volontari ed è necessario mimare i risultati ai quali sarebbero giunte le parti in assenza di costi transattivi; e così via.

Queste operazioni ricacciano nell'ombra l'idea cardine della critica sociale, in particolare quella che ogni mercato è ampiamente strutturato da regole scelte ed amministrare dal pubblico ed enfatizza così soltanto il potenziale 'oppressivo' del pubblico quando interviene, mentre occulta invece il potere che i privati possono esercitare sul mercato in virtù della struttura istituzionale creata dal diritto stesso. La discriminazione fra le due diverse tipologie di potere produce una struttura interpretativa che favorisce sistematicamente il privato ai danni del pubblico.

In ogni caso, tornano alla ribalta tutte le argomentazioni che strutturavano retoricamente il problema come un conflitto fra libertà e coazione, fra libertà ed uguaglianza, fra efficienza ed uguaglianza.

In realtà, la critica sociale aveva ben evidenziato il carattere già ampiamente distributivo del diritto privato e la dimensione relazionale

⁷³ Al di là delle grandi differenze fra le diverse ideologie e metodi, una delle chiavi è stato il recupero del consenso sui principi fondanti della sfera privata, anche in forme implicite. Approcci come il neocontrattualismo, l'analisi economica del diritto si basano tutti sullo stesso fondamento: il fatto di trovarsi al di là del velo dell'ignoranza, cioè di ignorare la sua situazione reale rispetto agli altri; la presenza di un dialogo 'trasparente ed egualitario' in cui tutti gli interessi possano essere considerati, cosa avrebbero fatto individui razionali nella posizione delle parti, la *wealth maximization* sulla quale tutti potrebbero concordare, la continua elaborazione giudiziale di principi condivisi dalla comunità intorno ai quali ricostruire l'integrità del diritto.

degli interventi: se la regolazione (attraverso la legislazione o l'opera della giurisprudenza) da una parte limitava la libertà di alcuni, dall'altra però recuperava maggiore libertà ad altri. In questi casi, infatti, si produce una relazione inversamente proporzionale fra i due gruppi: più aumenta la libertà dell'uno, più diminuisce quella dell'altro.

Dal momento che lo stato è sempre coinvolto nella distribuzione, quando si effettua un cambiamento, non ci si dovrebbe domandare, allora, se la maggiore uguaglianza compensa la diminuzione di libertà o dell'efficienza, ma quale fra i due assetti distributivi sia da considerare preferibile o dove debba essere trovato il punto esatto di equilibrio.

12. *Le dicotomie 'dai loro sepolcri' ci regolano ancora?*

A ben considerare il quadro, non si assiste ad una semplice inversione di tendenza, ad un ritorno alle origini⁷⁴. Come per tutte quelle altre visioni che presuppongono il ritiro, deliberato o meno, dello Stato nazionale dalla scena, anche questa ricostruzione appare troppo schematica e non sembra cogliere davvero i tratti del fenomeno: la realtà è ben più complessa⁷⁵.

Questa trasformazione non trasferisce soltanto alla sfera privata alcune funzioni di quella pubblica, ma ridefinisce tutti i confini fra le due ed i rispettivi compiti in modo da mettere in discussione ancora una volta la dicotomia e tutti i loro tratti caratterizzanti.

All'alleggerimento della sfera pubblica si accompagna però il persistere

⁷⁴ L'interventismo sembra circoscrivere la libertà di accesso al mercato; accentua la rigidità della struttura economica, crea privilegiate aree d'intervento e altera così il regime della concorrenza. Ma l'interventismo può anche armonizzarsi con il principio di una generale libertà di iniziativa, correggendo sproporzioni di forze, delimitando gli 'innegabili elementi monopolistici' che allignano nell'economia di mercato, tutelando i consumatori: può influire sulla struttura economica per garantire sviluppo della produzione e migliore distribuzione della ricchezza. Ora distillato dai suoi contenuti sociali opera per raggiungere l'esclusiva efficienza del mercato.

⁷⁵ Certamente si arresta la tendenza di lungo periodo all'espansione del pubblico e della sua creatura novecentesca: il diritto *pubblico* dell'economia. Con esse scompare l'impresa a partecipazione pubblica e l'ente pubblico economico. Avanzano le privatizzazioni patrimoniali, organizzative e finanziarie, per l'organizzazione dei servizi pubblici e, in genere, per tutta l'amministrazione di erogazione, si espandono statuti di azione e forme organizzative tipiche del diritto comune, ugualmente per la maggior parte dei rapporti d'impiego pubblico: tutti ambiti in cui l'incidenza del diritto pubblico, e del diritto amministrativo in particolare, si restringe rispetto al passato.

di forti dosi di regolamentazione.

La terza fase non rifiuta infatti la dimensione regolativa del sociale, ma la ripropone. L'intervento statale, però, non è più rivolto a realizzare obiettivi di carattere generale, ma a sostenere ed indirizzare il mercato, rimuovendo tutti gli ostacoli al suo funzionamento (costi transattivi e *market failures*).

Lo Stato dunque governa per il mercato, modella la società nella prospettiva di una razionalità competitiva dell'economia di mercato. Queste forme di intervento, mentre prescrivono comportamenti assai precisi, permettono alle istituzioni statali di non schierarsi da una parte o dall'altra. Lo stato può così recuperare una parte di consenso (almeno quello di coloro che possono essere considerati potenziali agenti del mercato) e dunque anche una parte della sua legittimazione.

L'ambiente però è diventato assai più complesso rispetto alle fasi precedenti; l'aumento dei costi transattivi provocati dall'incertezza e dalla imprevedibilità che caratterizza attualmente i mercati genera sfiducia nelle c.d. norme 'a fattispecie' che si rivelano troppo rigide e rischiose; rimangono allora in gioco le clausole generali – che pur essendo a loro volta fonti di incertezza – costituiscono però una rete di protezione nei confronti delle conseguenze più gravi di una scelta sbagliata o di un evento impreveduto⁷⁶.

L'intervento si sposta sulle singole contrattazioni di cui è necessario ridurre al minimo i costi transattivi: l'obiettivo è raggruppare transazioni simili e progettare forme di intervento settoriale per regolarle e per mettere nel nulla tutte le possibili *market failures* che potrebbero manifestarsi.

Ciò si è tradotto nella moltiplicazione degli strumenti a tutela dei 'più deboli', dove però la debolezza che si deve rimediare è quella prodotta dalle particolari contingenze in cui i contraenti vengono a trovarsi (a causa della disinformazione o delle condizioni particolari del mercato di cui uno dei due può approfittare) e non, come nel pensiero sociale, quella strutturale prodotta da consolidate relazioni di potere presenti all'interno dei rapporti sociali (e del mercato stesso); un fenomeno dunque solo locale e parziale che dipende da una contingenza nella quale una parte può approfittare della disinformazione o di una condizione particolare del mercato⁷⁷.

Il quadro, allora, ci appare assai più complicato, caratterizzato da alcuni elementi come la natura dinamica ed instabile di ognuna delle due sfere

⁷⁶ Cfr. F. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, Milano 2011, p. 25 ss.

⁷⁷ DENOZZA, *supra cit.* per il quale altrimenti sarebbe necessario avere un criterio di debolezza indipendente dal mercato (debolezza intellettuale o emotiva). Sul punto sia permesso il rinvio a MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1, 2010, p. 63 ss.

(del pubblico e del privato) e la crescente complessità dei rapporti fra di loro generata dalla necessità di una continua negoziazione dei loro compiti e dei loro confini.

In questa fase, così, si trovano a convivere ed intrecciarsi due diverse caratteristiche delle fasi precedenti: l'attaccamento del pensiero classico alla distinzione pubblico/privato sopravvive ma si accompagna ora alle critiche del sociale.

La prima è ben visibile nella fiducia che si continua a riporre nelle promesse della privatizzazione e sul ruolo che la privacy individuale può ancora giocare; le seconde si manifestano attraverso le reciproche esigenze di governare, da una parte, le relazioni di mercato attraverso valori superindividuali (e la relativa ascesa della costituzionalizzazione del diritto privato) e, dall'altra, di contaminare attraverso logiche di mercato una sfera ad esse tradizionalmente estranea come quella pubblica allo scopo di renderla meno inefficiente⁷⁸.

Queste forze contrapposte rendono difficile mantenere nei termini tradizionali la dicotomia fra le due sfere poiché non appare più possibile presentarle come alternative l'una all'altra, né adottare il modello della colonizzazione dell'una rispetto all'altra.

Rispetto alla prima tendenza – quella del mantenimento della separazione – appare evidente che da una parte le privatizzazioni alle quali ci si riferisce si svolgono ormai in un quadro complesso in cui attori statali e non statali, nazionali e transnazionali producono modelli di 'autoregolazione regolata' assai simili a quelli del pluralismo primo novecentesco⁷⁹. E, dall'altra, che il baluardo rappresentato dalla privacy non costituisce più un recinto impenetrabile in cui l'individuo trova protezione in quanto «lasciato solo», ma rappresenta una sfera da «costruire» attraverso il ricorso al potere statale non per perseguire l'isolamento, ma per permettere il «controllo della sua definizione» allo scopo di respingere le discriminazioni (ad opera di convenzioni e norme sociali) e partecipare con maggiore pienezza alla vita pubblica⁸⁰.

Con riguardo alla seconda tendenza – quella della regolamentazione – basterà solo ricordare, da una parte, come l'autonomia stessa possa essere tradotta come autodeterminazione individuale, in un valore che da solo o,

⁷⁸ Che ciò avvenga direttamente attraverso la privatizzazione o indirettamente attraverso l'adozione di modelli di mercato nell'azione dell'amministrazione nelle istituzioni pubbliche.

⁷⁹ A. ZOPPINI, *Il diritto privato ed i suoi confini*, il Mulino, Bologna 2020.

⁸⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, il Mulino, Bologna 2021 e volendo MARINI, *La giuridificazione della persona. Ideologie e technique nei diritti della personalità*, in «Riv. dir. civ.», 3, 2006, p. 359

in bilanciamento con altri, è in grado di dare vita ad una regolamentazione che ne assicura la piena realizzazione; e, dall'altra, il cambiamento di segno che ha subito la regolamentazione dei mercati ed il modo in cui gli interventi operano prevalentemente nel senso di modellare tutte le attività pubbliche e private secondo la logica tipica del mercato.

Lo Stato, insomma, non è assolutamente scomparso dalla scena, affidando tutto alle scelte individuali ed ai meccanismi di mercato. È cambiata invece la divisione del lavoro fra stato e società civile, con il primo che, invece di offrire direttamente dei servizi, ha assunto progressivamente quel ruolo che è stato definito 'regolatorio'⁸¹.

L'ascesa di questo 'diritto regolatorio', che trova le proprie radici ancora negli Stati Uniti, ha generato un proprio linguaggio, un repertorio transnazionale, istituzioni specifiche, che si sono tradotti in vari e differenti regimi ad ogni specifico livello nazionale.

La sfida dell'epoca contemporanea alla dicotomia si muove allora a tre diversi livelli: il primo riguarda l'individuazione esatta del loro nucleo essenziale e dei compiti spettanti a ciascuna delle due sfere, il secondo riguarda la possibilità di mantenere una loro reale autonomia ed il terzo infine tocca i criteri decisionali che devono presiedere alla loro articolazione.

In primo luogo, l'acceso dibattito degli ultimi decenni ha infatti reso sempre più difficile individuare qualcosa che possa essere considerata veramente patrimonio esclusivo di una delle due sfere. Non a caso a tornare in ballo è sempre la questione del ruolo dello Stato e delle funzioni che dovrebbero essergli necessariamente riservate per rispettare i valori democratici, resistendo così alle spinte verso la privatizzazione. Il consenso sul punto, però, è ancora lontano dall'essere raggiunto⁸².

Ci si è domandati, in secondo luogo, come distinguere e tenere separate le due sfere: se sia cioè possibile individuare ancora logiche, funzioni e caratteristiche proprie di ognuna oppure si debba pensare ad esse come complessi variabili da combinare e ricombinare secondo lo schema del

⁸¹ Questa tendenza che conosce i suoi esordi a livello sperimentale già negli Stati Uniti, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del novecento, nell'era che è stata definita Progressive, si afferma in Europa solo molto più tardi. Impresa pubblica, amministrazione diretta e interventi conformativi lasciano il posto ad un quadro nel quale dominano invece funzioni tipicamente arbitrali, di controllo, di temperamento degli interessi coinvolti, tramite fissazione di standard, allocazione dei costi di accesso universale ai servizi di interesse pubblico, obblighi informativi.

⁸² Il dibattito sulla privatizzazione della polizia, delle prigioni e delle forze armate da una parte e d'altra parte il dibattito sul ruolo degli attori privati nelle istituzioni (*lobbies*) è sempre vivo cfr. J. FREEMAN, *Public Values in an Era of Privatization: Extending Public Law Norms Through Privatization*, in «Harvard Law Review», 116, 2003, p. 1285.

'*bundle of rights*'. Qualunque sia la soluzione, è evidente che i confini della dicotomia pubblico-privato sono ormai assolutamente sfocati perché elementi di pubblico ed elementi di privato possono coesistere all'interno di tutte le istituzioni giuridiche e sociali. Una constatazione che, in definitiva, induce ad adottare una visione più pragmatica in cui, piuttosto che preoccuparsi di sorvegliare i confini delle due sfere per evitarne la contaminazione, appare preferibile invece verificare i risultati distributivi che la combinazione in concreto realizza. Una valutazione, insomma, da fare caso per caso, da analizzare *on their own terms* per individuare quale sia, nelle circostanze, la scelta migliore.

In terzo luogo, la natura sempre mobile dei confini e la difficoltà di mantenere una separazione fra le due sfere lascia aperta l'ulteriore questione della decisione sulla combinazione ottimale di pubblico e privato nei vari casi: a chi debba cioè essere riconosciuto il ruolo di decidere sul punto (è una questione più adatta alla *reasoned elaboration* di una corte oppure alla legislazione o addirittura ad un *agency*); e secondo quali criteri normativi (efficienza, distribuzione, solidarietà) questa questione debba essere decisa⁸³.

In ogni caso, è evidente come il 'diritto regolatorio' esprima una tendenza più generale verso l'abbandono della redistribuzione diretta, del sistema maggioritario e dei partiti, delle politiche nazionali a favore di una politica di tipo tecnocratico in cui lo stato non interviene direttamente, ma si limita a coordinare il mercato attraverso privatizzazioni e *outsourcing* di funzioni assistenzialistiche⁸⁴. Un fenomeno che riguarda diversi spazi, i più vari, fra i quali quello della famiglia.

⁸³ Il punto è chiarissimo già a G. CALABRESI. P. BOBBITT, *Tragic choices*, WW Norton, New York 1978: (trad. it. *Scelte tragiche*, a cura di C.M. Mazzoni, V. Varano, Milano 2006).

⁸⁴ Se questa trasformazione abbia prodotto un risultato positivo, conservando il *welfare* in tempi di globalizzazione e di crisi, oppure sia il segno del suo definitivo deperimento del *welfare* i giudizi rimangono divergenti. Così divergenti rimangono i giudizi sulle privatizzazioni come soluzioni che aumentano la stratificazione dei mercati e l'ineguaglianza o invece la migliorano, così anche in termini di efficienza alla privatizzazione è stato ricondotto il pregio di migliorare la concorrenza attraverso l'introduzione di meccanismi di mercato oppure al contrario di soffocarla attraverso l'intervento pubblico.

13. La dicotomia famiglia/mercato

Con la dicotomia pubblico/privato si intreccia infatti quella fra (diritto del) mercato e (diritto della) famiglia. La dicotomia si riproduce infatti all'interno della sfera privata, dando luogo ad un singolare fenomeno di 'nesting'.

È Friedrich Karl von Savigny a disegnare all'interno della tradizione giuridica continentale uno spazio giuridico autonomo nel quale collocare le relazioni giuridiche familiari, dotandole di un complesso ed autonomo apparato concettuale e tecnico⁸⁵.

La dicotomia non ha carattere ideologico, ma tecnico giuridico. La naturalità delle relazioni familiari, cioè il fatto che l'essere umano per natura tenda ineluttabilmente a completarsi nel gruppo familiare, determina la loro stessa necessità e la *necessità* del diritto per regolarle. È dunque questo carattere, insieme all'influenza della morale, a giustificare l'*imperatività* delle norme che le riguardano. Tali norme attribuiscono all'uomo uno *status* (di marito, di padre, di figlio), cioè una posizione giuridica determinata in relazione ad altri esseri umani, in modo totalmente indipendente dalla volontà individuale.

Il diritto privato patrimoniale si presenta invece diversamente dal diritto di famiglia, dando luogo ad un diritto *arbitrario* nella sua esistenza, ossia non necessitato, di carattere essenzialmente *positivo*, dunque tendenzialmente indifferente ai dettami della morale, e *derogabile* per vocazione, dato che il contenuto delle obbligazioni e l'oggetto delle situazioni di appartenenza deve adattarsi alla determinazione delle parti.

La famiglia, nella visione di Savigny, è considerata come un tutto organico ed è disciplinata come tale nell'insieme cioè dei rapporti dell'organo con il mondo esterno. Il diritto disciplina così i suoi momenti costitutivi e estintivi (dunque il matrimonio, il divorzio o il principio monogamico), il resto è consegnato alla dimensione del non giuridico e della morale.

Questa ricostruzione era destinata a produrre due conseguenze di estremo rilievo: intanto colloca la famiglia in una zona grigia nell'ambito dei rapporti giuridici interprivati, ma certamente al di fuori della disciplina

⁸⁵ F.K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, Veit und Camp, Berlin 1840-1849. Il fondamentale contributo di Savigny alla creazione del diritto di famiglia è ora analizzato da DU. KENNEDY, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, in «*American Journal of Comparative Law*», 58, 2010, p. 811 ss.

dell'organizzazione e dell'attività dello stato (*Staatsrecht*) – ma fuori anche delle categorie concettuali adottate dal diritto patrimoniale del mercato; in secondo luogo, collega i costumi familiari con il *Volkegeist*, riconoscendo la possibilità che il relativo diritto possa variare da paese a paese, a seconda della sensibilità e della cultura del popolo considerato⁸⁶.

La stessa dicotomia che contrappone il diritto di famiglia come diritto speciale al diritto patrimoniale comune, penetra anche nella *common law*. Ancora per tutta la prima metà del XIX secolo la sfera domestica, intesa come precisa organizzazione economica destinata alla produzione e al consumo di beni e servizi così come alla riproduzione umana, e comprendente tanto i coniugi quanto i servi, gli schiavi e altri dipendenti su base contrattuale, è governata – secondo l'insegnamento di Blackstone⁸⁷ – da un diritto delle relazioni domestiche che colloca in ordine gerarchico e disciplina tutte le relazioni che legano questi diversi soggetti.

È solo con l'affermarsi del capitalismo moderno che, da quello spazio, verranno però via via espunte tutte quelle le relazioni domestiche che ruotano intorno a quelle forme di lavoro che verrà ritenuto produttivo, per lasciare nella sfera di quello che sarà propriamente definito come *Family Law* solo le relazioni che riguardano la famiglia nucleare, cioè la vita in comune di marito, moglie e figli⁸⁸.

La contrapposizione fra le due sfere contribuiva a spingere e comprimere solo all'interno della famiglia tutti i doveri solidaristici, lasciando all'individualismo invece ampio spazio all'interno del diritto del mercato, dove veniva solo blandamente contrastato. Nel pensiero classico, dunque, l'individualismo si fermava sulla soglia della famiglia, permettendo che, al suo interno, si sviluppassero e dominassero principi diversi come l'altruismo e la solidarietà (ma anche la gerarchia e lo *status*).

Prende vita, così, nello spazio giuridico occidentale una sfera distinta della società civile: la famiglia, sfera riservata agli affetti, alla vita intima e privata⁸⁹. E con essa una dicotomia fra mercato (diritto delle obbligazioni)

⁸⁶ Condizione che l'ha a lungo sottratta alla comparazione cfr. M.R. MARELLA, *The Non-Subversive of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in «European Law Journal», 12, 2006, pp. 78- 79; EAD., *Critical family law*, in American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, Vol. 19, n. 2/2011, pp. 721 ss.

⁸⁷ Lo schema è importato dal continente dove, all'inizio del XVIII secolo, appare in Pufendorf, W. MUELLER-FREIENFELS, *The Emergence of Droit de Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, in «Journal of Family History», 28, 2003, p. 31 ss.

⁸⁸ J. HALLEY, *What is Family Law? A Genealogy*, in «Yale Journal Law & the Humanities», 23, 2011, p. 1-109; EAD., *What is Family Law: A Genealogy Part II*, *ivi*, pp. 189-294.

⁸⁹ Spazio contrapposto al mercato che diverrà cruciale, secondo la lettura delle teoriche

e (diritto di) famiglia che non rimane tipica soltanto di quella fase, ma continua a costituire uno dei fondamenti del diritto moderno nella fase del sociale e, ancor oggi, esercita una forte influenza a livello globale.

Nel quadro di un'analisi comparata, non può sfuggire il fatto che la dicotomia abbia varcato i confini dell'Europa nel corso del XIX secolo, diventando uno strumento di governo geopolitico da parte del colonialismo e dell'imperialismo occidentale. Con straordinaria consonanza, infatti, Francia, Inghilterra, Spagna, Olanda, Belgio, Germania, ma anche Stati Uniti e Giappone, sono assai propensi a rispettare e mantenere in vigore, almeno formalmente, il diritto di famiglia locale, non esitano invece ad imporre il proprio diritto privato patrimoniale.

La complessità di questa strategia selettiva, che ha giocato grande influenza nel determinare la fisionomia e il ruolo del diritto di famiglia all'interno degli ordinamenti giuridici – tanto dei colonizzatori quanto dei colonizzati – merita di essere ancora una volta ricordata. Nelle colonie, infatti, la specialità del diritto di famiglia permetteva di partecipare all'eredità occidentale e romanistica, che i colonizzatori presentano come universale, senza perdere contatto con le specificità locali, anzi mostrando in alcuni casi una certa dose di 'resistenza'⁹⁰.

La dicotomia era destinata a rimanere vitale anche nella fase successiva del sociale, in cui la famiglia in quanto formazione sociale cruciale per la collettività diventa soggetta ad una più stringente regolamentazione, ma sempre di segno diverso rispetto a quella del mercato. In questa fase, il sociale conduce la famiglia ad obbedire ad un regime giuridico di stampo sempre più pubblicistico, variamente subordinato alle superiori esigenze dello Stato e della nazione⁹¹.

Sebbene la legittimità dell'intervento vari a seconda dell'ideologie e

femministe e non per la segregazione e dalla subordinazione femminile cfr. J. HALLEY, K. RITTICH, *Critical directions in comparative family law: Genealogies and contemporary studies of family law exceptionalism*, in «American Journal of Comparative Law», 58, 2010, pp. 753-775. Sulla dicotomia ampiamente F. OLSEN, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, in «Harvard Law Review», cit.

⁹⁰ DU. KENNEDY, *Savigny's Family/Patrimony Distinction*, cit., p. 835.

⁹¹ È ampiamente condivisa una concezione comunitaria della famiglia secondo la quale la famiglia sarebbe una comunità organizzata dotata di proprie finalità e propri interessi, fra cui quello al mantenimento dell'unità e continuità del gruppo, nella quale i singoli si pongono al servizio del bene comune: tale concezione svia presto in una idea organicista della famiglia, fatta propria dai regimi fascisti: in virtù di essa gli individui diventano membri di un organismo – la famiglia – che realizza un interesse superiore. Non manca il tentativo, peraltro ricorrente, di personificare il gruppo, riconoscendogli personalità giuridica ed attribuendone la rappresentanza al *pater familias*.

degli approcci, ad essere enfatizzata ovunque è l'idea di una comunità di vita e della solidarietà familiare che prevale rispetto alle personalità individuali ed agli interessi dei membri della famiglia, privilegiando la mistica del 'superiore interesse' dell'organismo, e in ciò trovando una convergenza con il pensiero cattolico⁹².

In questa fase, in cui il sociale si diffonde seguendo i percorsi del pensiero classico, la specialità del diritto di famiglia offre al nazionalismo una possibilità di contrapporsi al potere coloniale ed alla degenerazione del mondo occidentale⁹³, ribadendo i caratteri della tradizione e dando vita ad una serie complessa di compromessi in cui posizioni estremamente 'moderne' e avanzate nel diritto del mercato si combinavano con visioni estremamente tradizionali della famiglia⁹⁴.

Ancor oggi, nella fase postcoloniale, la specialità del diritto di famiglia è oggetto di una significativa forma di 'recursion'⁹⁵ perché l'idea di un diritto

⁹² La concezione organicistica si pone sempre nella scia del modello di Savigny, denotando una sostanziale continuità rispetto alla visione ed all'approccio giuridico classico al diritto di famiglia (M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea*, cit.) Da noi A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Athenaeum, Roma, 1914, visione successivamente ripresa ne Il diritto di famiglia nello stato fascista 1940. Per avvalorare ciò Cicu paragona la *patria potestas* alla sovranità: così come il padre esercita il suo potere non per realizzare il proprio interesse ma quella della prole; nello stesso modo il governo non esercita la sovranità nel proprio interesse, bensì per quello dei cittadini. In comune vi sarebbe quindi la natura eminentemente organica, che subordina l'interesse dei singoli membri rispetto a quello della collettività.

⁹³ Un saggio della complessità della dialettica tradizione/modernizzazione nel contesto postcoloniale è offerto dalla vicenda della modernizzazione del diritto di famiglia in Egitto L. ABU-ODEH, *Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt*, in «Vanderbilt Journal of Transnational Law», 37, 2004, pp. 1043-1146 ispirato al celebre lavoro di P. CHATTERJEE, *The Nation and Its Fragments: Colonial and Postcolonial Histories*, Princeton University Press, Princeton 1993.

⁹⁴ Ed è ancora sul terreno del diritto della famiglia che si registra la battaglia identitaria combattuta dalle élite maschili taiwanesi contro gli occupanti giapponesi. Se da un lato, i colonizzatori giustificavano l'estensione del diritto di famiglia nipponico al territorio taiwanese sulla base della sua maggiore modernità e, dunque, superiorità rispetto ai costumi tradizionali autoctoni, dall'altro, la resistenza dei taiwanesi a questo progetto di assimilazione opponeva al carattere patriarcale di alcune regole del diritto giapponese (ad esempio, la primogenitura), i più 'civilizzati' costumi taiwanesi (che prevedevano l'uguaglianza tra tutti i figli nella successione), individuando così nei sistemi giuridici occidentali i veri depositari del pensiero moderno, contro l'incompiuta occidentalizzazione del Giappone Cfr. YUN-RU CHEN, *Ally with the West. The Politics of Identity in Modernization of Taiwanese Family Law under the Oriental Empire in Japan (1895-1945)* (unpublished manuscript) (on file with author).

⁹⁵ Termine con il quale (cfr. A.L. STOLER, *Duress: imperial durabilities in our times*, Duke University Press, Durham 2016) si sottolinea il processo con il quale alcuni modelli della colonizzazione vengono riproposti ancora oggi.

di famiglia ‘autoctono’ si sposa ad un insorgente nazionalismo di sapore antioccidentale o diventa fondamentale nella lotta fra gruppi nel processo di costruzione nazionale⁹⁶.

Questa complessa relazione fra ‘centro’ e ‘periferia’ è stata portata in esponente dagli studi c.d. postcoloniali che appunto si sono fondati sulla rottura poststrutturalistica alla quale abbiamo già fatto ampio riferimento. Alla sua base c’è il rifiuto dell’idea che il coloniale sia il prodotto esclusivo delle categorie dell’occidente per sottolinearne invece il carattere più complesso di «*two ways cultural traffic*». L’altro che tali ricostruzioni disegnano non è infatti un semplice oggetto passivo della rappresentazione, al contrario si riappropria di esse, rielaborandole in modo talvolta originale⁹⁷. Arrivati a destinazione i modelli, infatti, possono subire processi di deviazione, combinazione, trasformazione, riciclaggio e cannibalizzazione.

La dicotomia (diritto di) famiglia/(diritto del) mercato produce conseguenze non solo all’interno di un singolo sistema giuridico (relativamente alla distribuzione di potere fra i suoi componenti), ma anche nelle relazioni fra i vari sistemi giuridici (relativamente alla distribuzione di potere fra ‘centro’ e ‘periferie’).

La dicotomia mercato (diritto delle obbligazioni)/(diritto di) famiglia rappresenta così un classico esempio di ‘discorso’ che rivela il modo in cui il diritto attraverso le sue costruzioni incide direttamente sulle esistenze individuali dei regolati.

14. *Verso il progressivo superamento della dicotomia?*

Oggi anche questa dicotomia sembra essere in via di superamento. E con essa sembra tramontare anche l’idea della singolarità dei diversi sistemi

⁹⁶ Nelle ex colonie britanniche in Africa, come il Kenya, la Nigeria e il Ghana, i colonizzatori avevano perseguito la modernizzazione della famiglia attraverso la positivizzazione del diritto relativo e l’imposizione di un modello di famiglia. Curiosamente gli stati post-coloniali sorti sulle ceneri della dominazione britannica non hanno rigettato queste politiche, ma le hanno invece continuate. Ciò per far fronte all’impegno assunto con la comunità internazionale di adeguare la propria concezione di famiglia ai canoni della modernità S. WAIRIMU KANG’ARA, *Beyond Bread And Bed: Making The African State Through Marriage Law Reform. Constitutive And Transformative Influences Of Anglo-American Legal Thought*, in «Hastings Race and Poverty Law Journal», 9, 2, 2012, p. 353.

⁹⁷ Cfr. G. MARINI, *Diritto e politica*, cit.; G. CAPUZZO, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto*, Jovene, Napoli 2018.

di diritto di famiglia a livello globale a causa della loro natura troppo 'politica' e locale.

L'affermazione dei diritti umani e fondamentali come lingua franca di questa terza globalizzazione ed il carattere pluralista che ha assunto il diritto contemporaneo, calibrato intorno ad una prospettiva identitaria hanno trainato anche questa evoluzione⁹⁸.

Attualmente il diritto di famiglia 'convive' con l'attribuzione di diritti individuali ai suoi singoli componenti e vive nel conflitto fra le identità che esso stesso contribuisce a creare.

Nella prima direzione, l'irruzione dei diritti fondamentali dei singoli membri produce un mutamento di paradigma che si diffonde tendenzialmente ovunque e che vede (quasi) ovunque sgretolarsi la concezione comunitaria (gerarchica e patriarcale) della famiglia a favore di una visione maggiormente individualista ed egualitaria, orientata allo sviluppo della personalità dei suoi singoli componenti⁹⁹. La parità che si riconosce ai suoi componenti e l'autonomia di cui godono porta con sé la possibilità di modellare le proprie relazioni di coppia a seconda dei propri stili di vita, delle circostanze concrete e della propria personale concezione della famiglia, ma pone anche la questione dei relativi rapporti di forza all'interno della famiglia¹⁰⁰.

Altro carattere fondante della fase corrente è la vocazione pluralista del diritto. Pluralismo, nella prospettiva attuale, significa che il regime giuridico non deve trattare i singoli individui in modo formalmente uguale sulla base di regole astratte universalmente valide, come nel pensiero giuridico classico, né prevedere regimi 'speciali' che riflettano la condizione dei diversi gruppi sociali, nel senso del pensiero sociale, ma deve invece essere

⁹⁸ M.A. GLENDON, *The Transformation of Family Law: State, Law and Family in the United States and Western Europe*, University of Chicago Press, Chicago 1997.

⁹⁹ M.R. MARELLA, *The Non-Subversive of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in cit. In un primo tempo questi fattori hanno portato a previsioni costituzionali e interventi riformatori che hanno segnato una convergenza fra sistemi su due fronti: l'uguaglianza fra i coniugi e la parità di trattamento di figli legittimi e figli naturali. In seguito a ciò si è avuta l'introduzione generalizzata del divorzio consensuale (*no fault*) e dei regimi di adozione dei minori c.d. legittimante. Rispetto al ruolo dell'identità del minore nelle attuali dinamiche del diritto di famiglia cfr. M. DI MASI, *L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia*, in «Comparazione e diritto civile», 1, 2019, p. 109 ss.

¹⁰⁰ Ne sono un segnale l'affermazione della pari dignità giuridica dei coniugi e dell'uguaglianza fra figli legittimi e figli naturali, divenuti il modello dominante in occidente, nonché, sempre più marcatamente negli ultimi anni, il deciso prevalere dei diritti fondamentali dei singoli membri della famiglia sulle ragioni dell'unità familiare.

in grado di riconoscere le diverse identità e trattare adeguatamente le differenze che emergono nella società quando entrano in contrasto fra di loro.

La tendenza è ben visibile ancora nelle giurisprudenze nazionali, tanto ordinarie che costituzionali a due livelli. Intanto il diritto di famiglia è il settore del diritto privato che per vocazione indulge nella sottolineatura delle varie identità che possono assumersi in ragione delle differenze di età (adulti, minori), di genere (moglie, marito) e di ruolo (ad es. genitori, figli)¹⁰¹.

In questo quadro, anche la clausola dell'interesse del minore costituisce un ulteriore passo avanti in questa direzione poiché consente allo stato di intervenire nella famiglia a tutela del minore anche contro le decisioni dei genitori o di chi esercita la potestà e pure al di là dei diritti a questo riconosciuti dal dettato legislativo.

Il secondo livello di interferenza fra la questione identitaria e il diritto di famiglia riguarda il tema – oggi assolutamente centrale e persino preponderante nell'attenzione di Corti e legislatori – della pluralità dei modelli familiari e del loro riconoscimento da parte del diritto

Il riconoscimento di un modello di famiglia determina anche il grado di accettazione sociale di quel tipo di relazione, e contribuisce a costruire l'identità personale di chi vive quel tipo di relazione. Non essere inclusi nel novero delle famiglie riconosciute dal diritto, in un dato paese, è considerato intrinsecamente discriminatorio, quale che sia lo spazio che l'ordinamento di quello stato formalmente riserva al principio di non discriminazione. Al tempo stesso, il riconoscimento porta con sé tutte le ambiguità delle politiche identitarie, legate alla prescrittività dei modelli sociali e degli standard di condotta che, in una specifica società, vengono associati a determinati ruoli familiari¹⁰²

15. *La riproduzione della dicotomia: lavoro produttivo/lavoro riproduttivo (o di cura)*

La dicotomia pubblico/privato, mercato/famiglia progressivamente sgretolata dal processo di costituzionalizzazione tende però inesorabilmente a riprodursi all'interno delle relazioni domestiche.

La più penetrante tutela che, in nome della dignità e dei diritti

¹⁰¹ Diffusamente cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea*, cit.

¹⁰² L'accesso alla famiglia del soggetto transessuale può produrre la sua adesione agli stereotipi del genere (maschile o femminile) di adesione, ugualmente la coppia dello stesso sesso con il modello della coppia etero.

fondamentali, i singoli membri della famiglia possono invocare ampia però significativamente la sfera di controllo che il giudice può esercitare sui comportamenti dei privati nelle loro relazioni intime. Queste ultime possono venire scandagliate alla luce di standard di condotta per assicurarsi che la famiglia risponda alle funzioni che una determinata società gli riconosce. Così riproducendo in definitiva gli effetti della dicotomia pubblico/privato.

Negli illeciti endofamiliari la responsabilità civile colpisce, ben al di là dei limiti previsti dal diritto di famiglia – come quelli che hanno portato nelle tradizioni occidentali e non solo all'affermazione del *no fault divorce* ed alla abolizione della separazione per colpa – le violazioni degli obblighi coniugali (o parentali), sanzionando comportamenti sleali o non conformi a standard di condotta che riflettono valori tradizionali o maggioritari¹⁰³.

L'invocazione della dignità e dei diritti fondamentali non può nascondere il rafforzamento surrettizio dei vincoli familiari e la corrispondente restrizione della libertà personale alla quale conduce la prospettiva di essere condannati a corrispondere al congiunto offeso una significativa somma di danaro a titolo di risarcimento del danno.

Per non considerare anche il ruolo che può giocare la valenza redistributiva associata alla tutela risarcitoria che talvolta sembra destinata a svolgere un ruolo di supplenza del *welfare* in declino e certamente in contrasto rispetto alla più ampia apertura all'autonomia privata che viene declamata dal sistema muove in una direzione opposta rispetto all'apertura dei rapporti familiari alla autonomia privata, cioè alle prospettive di negoziazione delle conseguenze economiche della crisi familiare che il movimento del diritto di famiglia 'dallo *status* al contratto' offre, almeno sulla carta, ai coniugi.

Le derive a cui si espongono soluzioni del genere sono evidenti, tanto che diverse giurisdizioni, particolarmente quelle di *common law*, hanno alzato una barriera all'ingresso indiscriminato della *tort law* nei rapporti familiari¹⁰⁴.

Ugualmente la clausola del *best interest of the child* può presentare il suo *dark side* quando è usata per realizzare forme di controllo delle relazioni familiari (in particolare sullo stile di vita dei genitori come accade in molte decisioni sull'affidamento dei bambini o delle adozioni) in modo da assicurarsi che rispondano alle funzioni che, in una determinata società, lo

¹⁰³ Il riferimento è agli obblighi di fedeltà ed assistenza.

¹⁰⁴ M.R. MARELLA, *Fra modernizzazione e tradizione: l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari*, in AA. VV., *Liber amicorum Paolo Zatti*, vol. 2, Jovene, Napoli 2023, p. 1753 ss.

stato nazionale gli riconnette¹⁰⁵.

Ma vi è ancora un altro e più significativo modo in cui la dicotomia che la terza globalizzazione attraverso la costituzionalizzazione del diritto privato sembrava aver disgregato tende a riprodursi. Si può dire, parafrasando ancora una volta Maitland che la distinzione «*is dead, but it rules us from the grave*».

E riproduce, infatti, nelle vesti di una nuova dicotomia – all'interno della famiglia stessa – che separa il lavoro produttivo dalla riproduzione sociale¹⁰⁶. Non diversamente da quanto accadeva negli altri casi, anche questa dicotomia si diffonde ovunque seguendo i percorsi dell'ultima, per ora, globalizzazione.

La dicotomia fra (diritto del) mercato e (diritto della) famiglia, secondo la quale il primo struttura attraverso le sue regole la vita della produzione sociale e il secondo invece struttura la vita affettiva e della riproduzione, ha infatti lasciato sul campo un residuo difficile da rimuovere.

Attratto all'interno della famiglia, il lavoro di cura è stato tradizionalmente considerato un dovere (morale) della (buona) moglie, madre o figlia, al quale non è possibile attribuire un valore economico, da mettere in relazione con il dovere morale e giuridico dell'uomo di contribuire al sostegno finanziario.

Alla radice la questione della cura ripropone un'altra classica dicotomia, quella fra la sfera del mercato e quella del non-mercato, che torna alla ribalta ogni volta che la prima 'minaccia' di invadere la seconda¹⁰⁷. La costruzione è fondata sull'idea che esistano due mondi separati ed antagonisti che operano secondo principi diversi: razionalità, efficienza e pianificazione da una parte e solidarietà, sentimenti ed impulso dall'altra. Due mondi che quando vengono in contatto l'uno con l'altro inevitabilmente si corrompono¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cfr. M. DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Jovene, Napoli 2020.

¹⁰⁶ Nella riproduzione sociale entrano diverse situazioni che, pur collegate, meritano considerazioni diverse a. la riproduzione biologica degli esseri umani, b. il lavoro non retribuito in casa, c. il lavoro di cura ed assistenza di bambini, anziani, disabili e tutti gli altri lavori che sostengono la comunità, d. le relazioni sessuali, emotive ed affettive.

¹⁰⁷ Il discorso diventa più sofisticato allorché volge alla valorizzazione della specificità degli ambiti di volta in volta riguardati dal diritto e diversi dal mercato, siano essi la famiglia, l'arte o l'educazione.

¹⁰⁸ Nel dibattito sulla 'cura' questa tensione ha visto contrapporsi due visioni: da una parte coloro che ritengono che pagare per la cura incida sulla natura e la qualità della relazione affettiva o comunque non economica che viene corrotta da una preoccupazione economica (oscurando le necessità ed i bisogni delle persone di cui ci si dovrebbe occupare); dall'altra la preoccupazione opposta che la cura e la dedizione che tali relazioni naturalmente ingenerano (soprattutto nella donna in quanto 'naturale' *care-giver*) si prestino ad essere sfruttate sul

Per di più, la natura intima del contesto nel quale viene svolto questo genere di lavoro ed il carattere affettivo ed emozionale, tradizionalmente riconnesso al compito di assistere bambini, anziani e persone malate, rendendo ancor più difficile la quantificazione del suo ‘costo’ e l’individuazione di un ‘esatto adempimento’ – come del resto accade per tutte le prestazioni vanno del al di là dei risultati normalmente attesi sul mercato e che non rispondono ai normali requisiti di soddisfazione del consumatore – favoriscono un esito del genere.

La dicotomia contribuisce dunque ad escludere la caratterizzazione in termini di lavoro produttivo di valore della riproduzione sociale che viene così ‘naturalizzata’, diventa cioè una conseguenza della naturale predisposizione della donna e del suo destino biologico. In questo modo, la dicotomia produce non solo una specifica forma di soggettività, ma anche una specifica distribuzione delle risorse.

Contestata, da più versanti ed a più riprese, la distinzione fra produzione di beni e servizi da una parte e produzione della vita dall’altra, non è apparsa fondata. Anzi, al contrario, i due fenomeni sono certamente collegati ed integrati fra di loro: il lavoro di cura è infatti premessa per la produttività del lavoratore (salarato e non)¹⁰⁹.

Il lavoro di cura continua però a rimanere marginale. Se svolto

mercato. Ma la questione non è tanto e solo la *commodification* in sé (M. ERTMAN, J.C. WILLIAMS (a cura di), *Rethinking Commodification*, New York University Press, New York 2005) quanto il controllo burocratico e manageriale della cura (*corporatization*), il fatto che la cura ed i suoi soggetti diventino il materiale da cui trarre profitto (l’efficienza richiede di ridurre i costi ed aumentare i profitti) e l’inserimento di chi organizza il servizio nella distribuzione del *surplus* prodotto dallo scambio. Opera a livello privato e pubblico.

¹⁰⁹ Il femminismo materialista ha chiarito il collegamento strategico fra lavoro femminile non pagato e lavoro salariato maschile: che ciò che la donna produce nella famiglia non sono ‘valori d’uso’, bensì la merce forza-lavoro che poi l’uomo può vendere, come libero lavoratore salariato, sul mercato del lavoro, sebbene tutto ciò sia sistematicamente celato dietro le forme dell’amore, dell’assistenza, della dedizione, della maternità e della coppia (il riferimento d’obbligo è a M.R. DALLA COSTA, *Potere femminile e sovversione sociale*, Marsilio Editori, Venezia 1977).

Presupposto per la rivalutazione del lavoro casalingo è la critica alla tendenza propria degli economisti a separare radicalmente la produzione dal consumo, ascrivendo la prima alle imprese e il secondo alle famiglie. Il nuovo approccio alla dimensione economica della sfera domestica mette ora in luce come le famiglie impieghino merci e tempo non retribuito per la produzione di beni che non sono destinati al mercato, ma hanno comunque valore economico. In sostanza, la famiglia non è più vista come luogo di mero consumo, ma come luogo di produzione di merci destinate al consumo: essa trasforma in valore d’uso i beni acquistati sul mercato attraverso il lavoro casalingo, con la finalità, analoga a quella dell’impresa, di massimizzare la propria utilità. Altro classico in tema è G. BECKER, *A Treatise on the Family*, Harvard University Press, Cambridge 1981.

all'interno della famiglia, difficilmente riesce ad emergere e, quando ciò accade, trova solo una strada incerta e precaria attraverso i concetti tradizionali del contratto¹¹⁰ o della responsabilità civile¹¹¹ e la sua rilevanza rimane ovviamente limitata. Tutto il contrario accade invece, quando questo lavoro viene svolto all'esterno¹¹².

Complessa, sotto il profilo distributivo, è la situazione che emerge dai tentativi di ridisegnare i confini fra lavoro produttivo e lavoro non produttivo.

Fenomeni come l'entrata delle donne nel mondo del lavoro e la contrazione del welfare hanno prodotto un quadro complesso in cui si incrociano *commodification* del lavoro di cura, da una parte, ed il permanere di un ruolo di supplenza in capo alla famiglia, dall'altra, con il risultato di esporre sempre i lavoratori più deboli.

Questo nuovo assetto ha infatti dato luogo ad una 'economia della cura', la creazione di un mercato della cura con fortissime connotazioni di genere, razza e classe¹¹³.

L'emersione di una 'catena della cura' globale pone una questione di intersezionalità complessa, perché produce effetti su differenti gruppi di donne, differenti generi, differenti nazionalità, con un impatto globale, che pone delle problematiche assai spinose a livello distributivo¹¹⁴.

¹¹⁰ Il problema della praticabilità di un accordo concernente il lavoro casalingo è giuridico prima ancora che sociale, a causa della connotazione solidaristica assunta dal dovere di contribuzione *ex art.* 143, 3° co. che lo rende già dovuto dalla moglie in forza del vincolo matrimoniale e per i conviventi di fatto con il ricorso all'obbligazione naturale che giustifica qualsivoglia attribuzione patrimoniale intervenuta fra di loro, evitando in entrambi i casi la contaminazione con la logica dello scambio (attrazione anche del lavoro professionale). Cfr. M.R. MARELLA, *Lavoro domestico nella famiglia*, in *Enc. dir., I Tematici*, IV, *Famiglia*, a cura di F. Macario, Giuffrè, Milano 2022, p. 657 ss.

¹¹¹ Il caso del padre che abbandona il lavoro per prendersi cura del familiare danneggiato e reso invalido: cfr. M.R. MARELLA, G. MARINI, *La costruzione sociale del danno, ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1, 1999, p. 3 ss.; G. MARINI, *La responsabilità civile*, in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Giuffrè, Milano 2008, p. 219 ss.

¹¹² Nei rapporti coi terzi il lavoro di cura 'muta di natura' e assume rilevanza economica valutabile secondo parametri di mercato; la sua perdita configura dunque un danno patrimoniale, la cui sussistenza autorizza a ravvisare in esso un *asset* del quale è titolare il nucleo familiare nel suo complesso ovvero l'oggetto di un obbligo, l'adempimento del quale è impedito dall'incidente occorso alla casalinga (reddito figurativo, danno patrimoniale in aggiunta), estensione al lucro cessante. Per la nostra giurisprudenza e le corti in altri sistemi giuridici cfr. già M.R. MARELLA, *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2, 2010, p. 233 ss.

¹¹³ Cfr. M.R. MARELLA, S. STANCATI, *Donne e Migrazioni: il nodo del lavoro di cura*, in «GenIUS», 2, 2020, p. 48 ss.

¹¹⁴ La questione frantuma l'unità delle categorie identitarie: ad esempio l'aumento della

Se dalla complicità del diritto nella creazione delle relazioni di potere passiamo all'analisi delle concrete dinamiche con cui il diritto può rendere alcuni soggetti più deboli o vulnerabili degli altri, l'attenzione dovrebbe andare a quelle *background rules* che incidono sul potere economico e sociale dei soggetti disciplinati.

16. Conclusioni

La dicotomia pubblico/privato, come altri '*interpretive constructs*', offre una intelaiatura concettuale che astrae e isola alcuni aspetti particolari del complesso intreccio che costituisce il materiale con cui lavorano i giuristi a tutte le latitudini.

La rappresentazione dicotomica della realtà crea una gerarchia fra i termini dell'opposizione presentando come naturale un ordine che è invece prodotto dal diritto.

Queste dicotomie costituiscono dei discorsi nel senso che abbiamo precisato. E, come tali, contribuiscono a disegnare i contorni del campo discorsivo, ne determinano i confini, selezionano e legittimano le possibili argomentazioni che è consentito offrire nella soluzione delle controversie relative, incidendo sui risultati che è possibile raggiungere.

La contrapposizione appare naturale e può considerarsi necessaria invece che contingente e storicamente variabile, precludendo così la capacità di concepire diverse forme di organizzazione delle relazioni umane e di mettere in discussione le attuali forme di dominio.

Questo pensiero dicotomico e la sua alleanza con un processo di 'naturalizzazione' sviluppa inoltre una serie di dispositivi di accesso/non accesso, libertà/coazione, interferenza/non interferenza che vengono messi all'opera dal diritto per sostenere una determinata distribuzione di potere all'interno di società determinate.

La decostruzione di queste categorie, l'enfasi sul carattere instabile dei confini rivelano allora come lo spazio nel quale collocare i diversi problemi non sia la conseguenza automatica della 'natura' del fenomeno, ma il prodotto di una scelta di *policy* e permette allora di rimettere in discussione la gerarchia ed il dominio che sono riuscite a produrre¹¹⁵.

responsabilità dell'imprenditore per la cura dei figli pregiudica le donne che non hanno figli a favore di quelle che ce l'hanno, oppure gli uomini sposati che hanno mogli che non lavorano rispetto agli altri.

¹¹⁵ Il conflitto sulla *privacy* ci ricorda che la sfera privata è indeterminata e sempre aperta

ABSTRACT

The public/private dichotomy, although undermined in multiple directions and situations, continues to structure, directly or indirectly, the order of discourse in contemporary legal thought. The same dichotomic pattern keeps showing again and again in several fields of law and it is at the core of contemporary legal consciousness in which the law of the market is set against the law of the families and now the law of production is set against the law of social reproduction.

From this perspective, the first part of the essay deals with the methodology of contemporary comparative law: a critical and comparative investigation may be able to bring to light the assumptions that remain latent in the representations used by jurists to order the reality and particularly it allows us to also identify also many of the elements that limit the possibility of promoting processes of emancipation.

The second part of the article resumes the critique precisely where the legal realists left it, fully highlighting the distributive effects of the law and the way in which conditions or relationships like class or labor, which seem largely independent of the law, are instead produced by legal regulation.

KEYWORDS: Public/Private Dichotomy; Legal Realism; Regulation.

alla rinegoziazione ed è il diritto a determinarla e costruirla. La sfera privata non può essere giustificata facendo ricorso ad uno spazio pre-esistente, ma rimane aperta a tutti gli sforzi di ridefinizione, in quanto costituisce la sfera che permette all'individuo «il controllo sulla sua definizione».

Gabriella Mazzei

*Open data e tutela della proprietà intellettuale:
riflessioni in tema di big data come beni comuni globali*

SOMMARIO: 1. Luci ed ombre della rivoluzione dei *big data* – 2. La chiusura dei dati: gli oligopoli digitali – 3. L'apertura dei dati: itinerari internazionali, europei e nazionali del movimento per l'*open data* – 4. Riflessioni in tema di *big data* come beni comuni globali – 5. Le contraddizioni nella politica legislativa dell'Unione europea tra apertura dei dati e rafforzamento della tutela della proprietà intellettuale.

1. *Luci ed ombre della rivoluzione dei big data*

Dall'analisi algoritmica¹ dei *big data*² deriva nuova conoscenza e su

¹ È possibile definire l'algoritmo come una sequenza di regole e istruzioni che un computer segue per compiere una determinata operazione in vista di un particolare risultato. Cfr. E. DIETRICH, *Algorithm*, in *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, a cura di R.A. Wilson, F.C. Keil, The MIT Press, Cambridge 1999, p. 11 s.

² Le molteplici definizioni dei *big data* proposte in letteratura convergono su alcune caratteristiche fondamentali notoriamente individuate nelle 3 'V': Volume (vasta quantità di dati raccolti ed elaborati), Varietà (dati differenti per formato, tipologia e provenienza) e Velocità (estrema rapidità di elaborazione). Cfr. R. KITCHIN, G. MCARDLE, *What Makes Big Data? Exploring the Ontological Characteristics of 26 Datasets*, in «Big Data & Society», 1, 2016, p. 1 ss. Tra i numerosi studi e documenti in tema di *big data*, vedi i Report *Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values* del 2014 e *The Federal Big Data Research and Development Strategic Plan* del 2016, entrambi pubblicati dall'Executive Office del Presidente degli Stati Uniti; la pubblicazione dell'OECD *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being* del 2015; l'Opinion 7/2015 *Meeting the Challenges of Big Data* e l'Opinion 8/2016 *EDPS Opinion on Coherent Enforcement of Fundamental Rights in the Age of Big Data* dell'European Data Protection Supervisor. Tra le Comunicazioni della Commissione europea, vedi: *Verso una florida economia basata sui dati*, COM(2014) 442 final, del 2 luglio 2014; *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 final, del 6 maggio 2015; *Costruire un'economia dei dati europea*, COM(2017) 9 final, del 10 gennaio 2017; *Verso uno spazio comune europeo dei dati*, COM(2018) 232 final, del 25 aprile 2018. Vedi anche la Risoluzione del Parlamento europeo *Sulle implicazioni dei Big Data per i diritti fondamentali: privacy, protezione dei dati, non discriminazione, sicurezza e attività di contrasto* del 14 marzo 2017.

tale conoscenza si basano molti processi decisionali in ambito pubblico e privato che impattano fortemente sui diritti degli individui, sull'ordine democratico, sul sistema economico.

L'analisi algoritmica dei *big data* rivoluziona il nostro modo di conoscere la realtà e il nostro modo di decidere³: confrontando, aggregando, integrando sconfinata quantità di dati eterogenei per tipologia, provenienza e formato consente di individuare correlazioni tra i fenomeni analizzati rimaste finora non visibili, aprendo così la strada a nuove conoscenze che resterebbero altrimenti precluse⁴; attraverso complessi calcoli statistici, consente di individuare tra i dati le correlazioni più ricorrenti e con maggiori probabilità di ripetersi, inferendo in tal modo previsioni sul futuro sulla base delle quali assumere decisioni⁵.

I *big data* promettono di rendere più rapido ed efficace il modo di acquisire conoscenza. Eppure l'era dei *big data* appare anche l'era della post-verità, dal momento che in questo sconfinato oceano di dati analizzabili con gli strumenti e i metodi computazionali più avanzati diventa sempre più difficile individuare ciò che rappresenta conoscenza affidabile e attendibile⁶.

I processi decisionali algoritmici possono dar luogo a risultati ingiusti e discriminatori anche quando gli algoritmi sono stati progettati e realizzati senza alcuna finalità discriminatoria. Accade, ad esempio, se le discriminazioni si sono già verificate nella società, sono quindi insite nell'insieme dei dati oggetto di analisi algoritmica e gli algoritmi le rilevano e le riproducono⁷. Si assiste così a un triste paradosso: la tecnologia più innovativa che finisce col replicare, consolidare e aggravare l'ordine

³ Cfr. V. MAYER-SCHÖNBERGER, K.N. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, trad. it. di R. Merlini, Garzanti, Milano 2013; KITCHIN, *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures and Their Consequences*, Sage, Los Angeles 2014; V. ZENO-ZENCOVICH, G. GIANNONE CODIGLIONE, *Ten Legal Perspectives on the "Big Data Revolution"*, in «Concorrenza e mercato», 2016, p. 57; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, trad. it. di M. Durante, Raffaello Cortina, Milano 2017.

⁴ Cfr. S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, Meltemi, Milano 2018, p. 29 s.

⁵ Sulle funzioni predittive dell'analisi algoritmica dei *big data*, cfr. D. BOLLIER, *The Promise and Peril of Big Data*, The Aspen Institute, Washington DC 2010, p. 12 ss.; MAYER-SCHÖNBERGER, CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, cit., p. 115 ss.

⁶ LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, cit., p. 9 ss., P. 113 ss.

⁷ Cfr. S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in «California Law Review», 104, 3, 2016, p. 671 ss.

sociale esistente, aprendo la strada a vecchie e nuove discriminazioni e disuguaglianze.

Il coinvolgimento nei processi di analisi algoritmica dei *big data* di forti interessi politici ed economici comporta il rischio che, nelle scelte di quali dati analizzare, di quale conoscenza trarne e di quali decisioni farne derivare, prevalgano le ragioni della convenienza politica o economica; comporta il rischio che i *big data* vengano utilizzati per controllare, influenzare, orientare il comportamento degli individui⁸, le scelte di milioni di consumatori, l'opinione pubblica, il dibattito politico, l'esito di consultazioni referendarie e elettorali⁹.

La rivoluzione dei *big data* dischiude enormi opportunità ma porta con sé anche gravi rischi di conoscenza inattendibile, di violazioni dell'ordine democratico e dei diritti fondamentali, di non corretto funzionamento dei mercati.

2. La chiusura dei dati: gli oligopoli digitali

Se miliardi di utenti in tutto il mondo contribuiscono a generare

⁸ S. ZUBOFF, *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization*, in «Journal of Information Technology», 30, 1, 2015, p. 75 ss.; EAD., *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, New York 2019; Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, trad. it. di M. Cupellaro, Laterza, Roma-Bari 2014.

⁹ È ben nota la vicenda che riguarda Cambridge Analytica, una società di consulenza britannica in materia di *data mining* e *profiling*, accusata di aver condizionato l'esito delle elezioni presidenziali statunitensi del 2016 che hanno visto la vittoria di Donald Trump. L'accusa è di aver utilizzato i dati personali di 87 milioni di utenti di Facebook per creare profili psicologici degli elettori statunitensi e influenzarne il voto inviando loro messaggi personalizzati di contenuto politico favorevoli a Donald Trump e ad altri politici. Le accuse non sono state dimostrate ma gli esperimenti effettuati da ricercatori che hanno avuto accesso alle banche dati di Facebook hanno dimostrato che gli algoritmi consentono di porre in essere tali azioni illecite. Cfr. R. BRANDOM, *Facebook Opens Up 'Overwhelming Data Set' for Election Research*, in «The Verge», 11 luglio 2018; J. ZITTRAIN, *Engineering an Election*, in «Harvard Law Review Forum», 8, 2014, p. 335 ss. Si pensi anche allo scandalo relativo ai dati personali raccolti da Facebook e ceduti a Cambridge Analytica per essere analizzati al fine di profilare soggetti a cui inviare messaggi politici idonei ad orientare il loro voto e influenzare così la campagna referendaria del 2016 a vantaggio dell'esito favorevole all'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Cfr. B. REED, *The Cambridge Analytica Files: the Story so Far. What Is the Company Accused of, How Is Facebook Involved and What Is the Brexit Link?*, in «The Guardian», 26 marzo 2018.

sconfinate quantità di dati che confluiscono nelle banche dati, pochi poteri, pubblici e privati, accentrano nelle proprie mani tali dati e le risorse (anche in termini di competenze e tecnologie) necessarie per raccoglierli, gestirli e analizzarli: poteri pubblici, come le istituzioni internazionali, sovrastatali, statali, locali, e poteri privati, come le imprese multinazionali che dominano i mercati gestendo grandi piattaforme digitali che consentono vari tipi di interazioni *online* tra gli utenti.

Gli enti pubblici, nello svolgere le loro funzioni, accumulano un vasto patrimonio di dati¹⁰, ma perdono il loro tradizionale ruolo di detentori delle informazioni, conquistato oggi dalle piattaforme digitali, che raccolgono e controllano più dati di molti governi in tutto il mondo.

I dati sono tra i beni che gli economisti definiscono non rivali in quanto risorsa che può essere utilizzata da più soggetti simultaneamente, in diversi contesti e per diverse finalità senza risultarne depauperata ma, al contrario, accrescendo in tal modo il proprio valore come fonte di conoscenza. Eppure enormi quantità di dati vengono raccolti e resi inaccessibili da imprese che gestiscono piattaforme digitali e, dato il loro notevole valore economico¹¹, sfruttati a scopo di profitto secondo logiche di mercato.

L'accentramento nelle mani di pochi soggetti privati del controllo di risorse ormai essenziali alle attività culturali, sociali, politiche ed economiche ridefinisce i contorni della sfera pubblica e della sfera privata e delinea nuove geometrie di potere; rende tali poteri privati in grado di svolgere un ruolo che va ben oltre le dinamiche di mercato per assumere contorni simili a quelli propri del potere pubblico; attribuisce loro la forza di dialogare con gli Stati in posizioni di parità, di contenderne la sovranità¹².

Dal controllo sui dati detenuto da forti poteri, pubblici e privati, derivano rischi di rappresentazioni distorte della realtà, di sorveglianza, di manipolazione del pensiero e della volontà, di non corretto funzionamento dei mercati, di decisioni ingiuste e discriminatorie.

Gli attuali processi di appropriazione dei dati, con la conseguente emersione di oligopoli dei dati, vere e proprie *enclosures* digitali, rappresentano un grande fallimento sociale, politico e di mercato.

¹⁰ Si pensi, ad esempio, ai dati sanitari, geospaziali, geografici, demografici, ambientali, sui trasporti pubblici.

¹¹ I dati sono definiti 'il petrolio del XXI secolo' in quanto risorsa essenziale che alimenta l'intera economia globale come il petrolio ha alimentato l'economia industriale nei due secoli scorsi.

¹² C. CROUCH (a cura di), *Post-democracy*, Polity Press, Cambridge 2004, p. 41 ss.

3. *L'apertura dei dati: itinerari internazionali, europei e nazionali del movimento per l'open data*

Il movimento per gli *open data*¹³ si è sviluppato attraverso molteplici iniziative politiche e normative, a livello internazionale, europeo e nazionale.

L'*Open Data Charter*, firmata dai Paesi del G8 nel 2013, muove da una premessa teorica: i vasti insiemi di dati raccolti nel settore pubblico e nel settore privato rappresentano un patrimonio prezioso, una risorsa non sfruttata di enorme valore per promuovere governi e imprese più responsabili ed efficienti, il progresso sociale e culturale e lo sviluppo economico. Evidenzia la necessità di garantire l'apertura e la condivisione dei dati al fine di: aumentare la trasparenza sulle attività dei governi e delle imprese e sull'utilizzo delle risorse (anche naturali) dei Paesi; promuovere la responsabilità, l'efficacia, l'efficienza del governo e la sua capacità di risposta alle esigenze dei cittadini; rafforzare le istituzioni democratiche, migliorare il dibattito pubblico e il processo decisionale; combattere la corruzione; favorire il miglioramento dei servizi pubblici in settori centrali come la salute, l'istruzione, la sicurezza pubblica, la protezione dell'ambiente; consentire l'esercizio più informato e consapevole dei diritti di cittadinanza; promuovere l'innovazione nel settore privato e la creazione di nuove imprese e posti di lavoro. Definisce una serie di principi sull'accesso e sul riutilizzo dei dati nel settore pubblico a livello locale,

¹³ Gli *open data* sono dati digitali resi disponibili da un soggetto pubblico o privato con le caratteristiche tecniche, giuridiche ed economiche che li rendono liberamente accessibili e riutilizzabili. In questo senso la definizione di *open data* fornita dalla *Open Knowledge Foundation*, ente globale no-profit che opera dal 2004 per promuovere la cultura della conoscenza aperta. Nell'ordinamento giuridico italiano, il Codice dell'amministrazione digitale di cui al Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e ss.mm.ii., con riferimento ai dati prodotti da una pubblica amministrazione o da un ente pubblico nello svolgimento delle proprie finalità istituzionali, fornisce una definizione normativa di *open data* fondata su tre requisiti: un requisito giuridico, la presenza di una licenza o di una disposizione normativa che ne consenta il riutilizzo da parte di chiunque, persona fisica o giuridica, per finalità commerciali o non commerciali e in modo disaggregato; un requisito tecnologico, l'accessibilità attraverso le tecnologie informatiche e le reti telematiche in formati aperti e provvisti di metadati; un requisito economico, l'accessibilità a titolo gratuito o a costi marginali corrispondenti a quelli sostenuti per la riproduzione e divulgazione (art. 1, co. 1, lett. *l-ter*). Il formato aperto è «un formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi» (art. 1, co. 1, lett. *l-bis*). Sull'importanza del ruolo degli *open data* nell'era dei *big data*, vedi International Council For Science (ICSU), Inter Academy Partnership (IAP), World Academy Of Sciences (TWAS), International Social Science Council (ISSC), *Open Data in a Big Data World: an International Accord*, Parigi 2015.

nazionale e transnazionale. Sottolinea l'importanza della diversità per stimolare creatività e innovazione: più persone e organizzazioni utilizzano i dati, maggiori saranno i benefici sociali ed economici generati. Riconosce, al contempo, l'esistenza di legittime ragioni per cui alcuni dati non possono essere resi aperti, tra le quali la necessità di rispettare la legislazione in materia di proprietà intellettuale; raccomanda tuttavia il rilascio di licenze aperte o altri strumenti affinché ad essere imposte siano solo le restrizioni al riutilizzo dei dati strettamente necessarie¹⁴.

L'*International Open Data Charter*, convenzione internazionale sottoscritta nel 2015 da diversi Paesi tra cui l'Italia, sancisce i seguenti principi sull'apertura dei dati del settore pubblico: *open by default; timely and comprehensive; accessible and usable; comparable and interoperable; for improved governance and citizen engagement; for inclusive development and innovation*.

Gli Stati Uniti¹⁵, l'Unione europea¹⁶, l'Italia¹⁷ e molti altri Paesi in

¹⁴ Vedi *G8 Open Data Charter and Technical Annex*, giugno 2013, nel cui Preambolo si legge: «Access to data allows individuals and organisations to develop new insights and innovations that can improve the lives of others and help to improve the flow of information within and between countries. While governments and businesses collect a wide range of data, they do not always share these data in ways that are easily discoverable, useable, or understandable by the public. This is a missed opportunity».

¹⁵ Vedi, tra l'altro, l'*Executive Order Making Open and Machine Readable the New Default for Government Information*, firmato nel 2013 dal Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama.

¹⁶ In ambito europeo, un primo passo è stato compiuto nel 1998 con il Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione *L'informazione del settore pubblico: una risorsa fondamentale per l'Europa*, COM(1998) 585 def., che ha preparato il terreno per l'approvazione della Direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico, modificata dalla Direttiva 2013/37/UE ed infine abrogata dalla Direttiva (UE) 2019/1024 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. La Direttiva del 2019 stabilisce norme minime sul riutilizzo dei dati detenuti dal settore pubblico e dei dati della ricerca finanziati con fondi pubblici messi a disposizione tramite banche dati. È stata attuata nell'ordinamento giuridico italiano con il Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 200, che ha modificato il Decreto legislativo 24 gennaio 2006, n. 36 che, recependo l'originaria Direttiva europea, aveva avviato un importante processo di promozione del riutilizzo dei dati del settore pubblico.

¹⁷ Il quadro normativo italiano in materia di *open government data*, su cui si fonda il diritto all'apertura e al riutilizzo di documenti, informazioni e dati del settore pubblico, comprende: il Codice dell'amministrazione digitale di cui al Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e ss.mm.ii. pone il principio dell'apertura, accessibilità e riutilizzo dei dati pubblici in formato digitale e tramite le tecnologie informatiche e telematiche; stabilisce che i dati delle pubbliche amministrazioni devono essere formati, raccolti, archiviati e

tutto il mondo hanno riconosciuto l'importanza di rendere accessibile e riutilizzabile il patrimonio informativo pubblico introducendo specifici obblighi in tal senso.

Per i dati del settore pubblico, in ambito internazionale¹⁸, europeo¹⁹ e nazionale²⁰ ha trovato espresso riconoscimento il principio *open data by default*, per cui tali dati, con qualsiasi modalità pubblicati senza che sia stata rilasciata una licenza per il riutilizzo, devono intendersi dati di tipo aperto: chiunque ha diritto di fruirne gratuitamente e di riutilizzarli senza restrizioni ulteriori rispetto all'obbligo di rispettarne la paternità e l'integrità e salvi i limiti legislativamente previsti.

Il regime giuridico degli *open data* si è, dunque, rapidamente diffuso in molti Paesi per i dati del settore pubblico e della ricerca scientifica; stenta, invece, ad affermarsi con riferimento ai dati del settore privato.

resi accessibili attraverso le tecnologie informatiche, in modo da consentirne la fruizione e il riutilizzo, alle condizioni stabilite dall'ordinamento, da parte di altre pubbliche amministrazioni e dei privati, salvi i limiti stabiliti da leggi e regolamenti, salve le norme in tema di protezione dei dati personali e nel rispetto delle norme europee sul riutilizzo dei dati del settore pubblico (art. 50); il Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, sul diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, ai sensi del quale «Tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di accesso civico, ivi compresi quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente, di utilizzarli e riutilizzarli» (art. 3, co. 1) e devono essere pubblicati in formato aperto e riutilizzati ai sensi della normativa vigente «senza ulteriori restrizioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità» (art. 7). Sul tema, cfr. F. FAINI, *Data Society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, p. 151 ss.; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in «Dir. inf.», 2, 2015, p. 227 ss.; M. PALMIRANI, M. MARTONI, D. GIRARDI, *Open Government Data Beyond Transparency*, in *Electronic Government and the Information System Perspective*, a cura di A. Kö, E. Francesconi, Springer, Cham 2014, p. 275 ss.; B. PONTI (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d. lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2013; G. MANCOSU, *Trasparenza amministrativa e open data: un binomio in fase di rodaggio*, in «federalismi.it», 17, 2012, p. 1 ss.; D. TISCORNIA (a cura di), *Open data e riuso dei dati pubblici*, in «Informatica e diritto», 1-2, 2011; F. DI DONATO, *Lo stato trasparente. Linked open data e cittadinanza attiva*, Edizioni ETS, Pisa 2010; D. SOLDA KUTZMANN, *La circolazione dell'informazione del settore pubblico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. III, Utet, Torino 2007.

¹⁸ *International Open Data Charter* del 2015.

¹⁹ Art. 5, co. 2 e art. 10, co. 1, Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

²⁰ Art. 52, co. 2, Codice dell'amministrazione digitale di cui al Decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e ss.mm.ii.

Tuttavia, raggiungere l'apertura più ampia possibile dei dati anche nel settore privato ha un'importanza fondamentale ai fini dell'avanzamento delle conoscenze e del perseguimento di obiettivi di rilevanza generale²¹. Basti anche solo pensare all'importanza di porre in relazione e analizzare in modo aggregato dati pubblici e dati privati per definire e attuare efficaci politiche pubbliche in ambiti di centrale rilevanza come la sanità, l'istruzione, l'ambiente, il contrasto alla criminalità nonché per affrontare situazioni di emergenza pubblica²².

4. Riflessioni in tema di big data come beni comuni globali

In quanto fonte di conoscenza²³, i *big data* sono beni essenziali per il progresso sociale e culturale e per lo sviluppo economico.

Le opportunità di estrarre nuova conoscenza dai *big data* dipendono dalla loro apertura: dall'accessibilità, mobilità, condivisione e riutilizzo dei dati a livello globale.

L'affidabilità e attendibilità della conoscenza tratta dall'analisi algoritmica dei *big data* dipende dalla qualità, integrità, non parzialità dei dati nonché dai presupposti concettuali, dalle tecniche e dagli scopi dell'analisi dei dati; dipende dunque da scelte fondamentali che informano le diverse fasi dei processi di raccolta, gestione e analisi dei *big data*.

Non sono scelte meramente tecniche dal momento che hanno importanti implicazioni etiche e sociali. E, sebbene tali processi siano sempre

²¹ M. MATTIOLI, *The Data-Pooling Problem*, in «Berkeley Technology Law Journal», 1, 2017, p. 179 ss.; J. YAKOWITZ, *Tragedy of the Data Commons*, in «Harvard Journal of Law & Technology», 1, 2011, p. 1 ss.

²² Si pensi, ad esempio, ai casi in cui grandi società di telecomunicazione condividono con enti e ricercatori dati aggregati e anonimizzati che consentono la localizzazione di milioni di utenti di telefonia mobile per poter seguire gli spostamenti dei soggetti portatori di malattie infettive e individuare i luoghi con la più alta probabilità di diffusione della malattia o per supportare l'organizzazione delle operazioni di soccorso in caso di alluvioni, terremoti o altre emergenze. Cfr. A. WESOLOWSKI *et al.*, *Quantifying the Impact of Human Mobility on Malaria*, in «Science», 2012, p. 267 ss.

²³ «The data has accumulated over years thanks to the input of billions of users, domestic and foreign alike. Each click, like each drop of rain filling up a reservoir, adds to immense reserves of human knowledge. Just like a giant global lake or a vast international river of knowledge, private and public databanks constitute a new manifestation of the common heritage of humankind». Così E. BENVENISTI, *Upholding Democracy Amid the Challenges of New Technology: What Role for the Law of Global Governance?*, in «The European Journal of International Law», 1, 2018, p. 81.

più automatizzati, l'uomo ha la responsabilità di conoscerli e governarli, di riservare a sé tali scelte e la valutazione delle loro conseguenze²⁴.

Sono scelte e valutazioni che in una società democratica non possono prescindere da adeguate forme di partecipazione sociale che assicurino un'adeguata considerazione degli interessi individuali e collettivi su cui le conoscenze e le decisioni tratte dall'analisi dei *big data* sono destinate ad incidere.

Considerare i *big data* beni comuni²⁵ globali significa sancire principi

²⁴ Cfr. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, cit.

²⁵ Nell'ambito della vasta letteratura giuridica in tema di beni comuni, vedi E. OSTROM, *Governing the Commons*, Cambridge University Press, Cambridge 1990, trad. it. *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia 2006; C. HESS, OSTROM (a cura di), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge-London 2007, trad. it. di P. Ferri, *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Bruno Mondadori, Torino 2009; S. RODOTÀ, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna 2013; ID., *Verso i beni comuni*, in «Riv. crit. dir. priv.», 4, 2017, p. 495 ss.; A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2011, p. 461 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari 2011; ID., *Prime note critiche sull'informazione come bene comune*, in «Rivista critica del diritto privato», 1-2, 2020, p. 75 ss.; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1, 2011, p. 103 ss.; EAD. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre Corte, Verona 2012; A. LUCARELLI, *Beni comuni*, in *Dig. disc. pubbl., sez. pubbl.*, Utet, Torino 2021, p. 21 ss.; ID., *Costituzione e Beni Comuni*, Diogene, Napoli 2013; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari 2013; ID. (a cura di), *Beni Comuni. Proprietà, gestione, diritti*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 1, 2007; ID., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in «Quale Stato», 2007, p. 87 ss.; G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso «Myriad Genetics»*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2, 2011, p. 281 ss.; P. CACCIARI (a cura di), *La società dei beni comuni*, Ediesse, Roma 2010; A. CIERVO, *I beni comuni*, Ediesse, Roma 2012; S. RANGANATHAN, *Global Commons*, in «European Journal of International Law», 3, 2016, p. 693 ss.; A. QUARTA, M. SPANÒ (a cura di), *Beni comuni 2.0 Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Eterotopie, Milano 2016; F. PONTE, *I big data come common goods*, in «Ciberspazio e diritto», 1, 2017, p. 31 ss.; A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in «Eur. dir. priv.», 2, 2012, p. 617 ss.; A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in «Costituzionalismo.it», 3, 2013; L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in «Pol. dir.», 2, 2014, p. 253 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in «Rass. dir. civ.», 4, 2011, p. 1061 ss.; R. BRIGANTI, *Oltre la funzione sociale della proprietà nell'esercizio dei servizi pubblici. Verso la categoria giuridica dei beni comuni*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 1, 2012, p. 83 ss.; L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in «Rivista AIC», 3, 2015, p. 1 ss.; S. LIETO, *«Beni comuni», diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in «Pol. dir.», 2, 2011, p. 331 ss.; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in «federalismi.it», 19, 2011, p. 1 ss.; J. SHKABATUR,

giuridici uniformi che assicurino accessibilità, mobilità, condivisione e riutilizzo dei dati da parte di un numero più elevato possibile di soggetti in tutto il mondo e in modo più libero possibile da ostacoli e barriere di varia natura; principi che facciano prevalere la funzione socio-economica dei dati rispetto alla titolarità formale sui dati²⁶; che superino i confini tra la sfera pubblica e la sfera privata²⁷; che prevedano procedure di utilizzo dei *big data* connotate da adeguate forme di partecipazione sociale²⁸ e dall'apporto di soggetti esterni (come enti di ricerca, autorità amministrative indipendenti, associazioni rappresentative di interessi collettivi) in grado di assicurare il controllo sulla qualità dei dati e sulla correttezza dei metodi di gestione e analisi dei dati nonché l'adeguata considerazione degli interessi coinvolti al fine di garantire l'attendibilità e l'affidabilità della conoscenza che ne viene tratta e la sostenibilità etica e sociale delle decisioni che ne derivano²⁹.

Principi giuridici uniformi che stabiliscano il giusto equilibrio tra i legittimi interessi coinvolti nell'utilizzo dei *big data* per garantirne un utilizzo responsabile, volto in primo luogo a realizzare obiettivi di rilevanza generale anche nell'interesse delle generazioni future³⁰, nel rispetto dei diritti fondamentali e in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale³¹.

Una così ampia apertura dei dati del settore pubblico e del settore privato consentirebbe di meglio osservare, comprendere e monitorare i

The Global Commons of Data, in «Stanford Technology Law Review», 22, 2, 2019, p. 354 ss. In senso critico, cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in «Forum di Quaderni costituzionali», 24 settembre 2013; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Roma-Bari 2013.

²⁶ LUCARELLI, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali*, in *Beni comuni*, a cura di Id., ESI, Napoli 2007, p. 17.

²⁷ MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, cit., p. 105.

²⁸ CACCIARI, *Introduzione*, in *La società dei beni comuni*, a cura di Id., cit., p. 12 ss.

²⁹ LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, cit., p. 100 ss.; SHKABATUR, *The Global Commons of Data*, cit., p. 354 ss., in part. p. 385 ss.

³⁰ Nello schema di disegno di Legge delega predisposto dalla Commissione Rodotà (Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, istituita con Decreto del Ministro della Giustizia, il 21 Giugno 2007 al fine di elaborare uno schema di Legge delega per la modifica delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici) i beni comuni sono definiti come: «[le] cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge» (art. 1, co. 3, lett. c).

³¹ Sul tema dei beni comuni come strumento di democrazia economica vedi SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato*, cit., p. 461 ss.

processi decisionali algoritmici, controllarne gli esiti, individuare le cause di eventuali risultati ingiusti e discriminatori e adottare i possibili rimedi³².

L'appropriazione massiva e con logiche esclusive di sconfinite quantità di dati da parte di pochi poteri fa sì che la logica dell'esclusione prevalga sulla spinta verso l'inclusività e la partecipazione sociale di cui il movimento per l'*open data* si fa promotore. Ne deriva un ruolo sempre più marginale del resto della società rispetto ai processi da cui dipendono conoscenze e decisioni che impattano fortemente sui diritti degli individui, sull'ordine democratico, sul sistema economico.

Gli oligopoli sui dati privano la società dell'immenso e prezioso patrimonio di dati che ha contribuito e contribuisce continuamente a generare. Considerare i *big data* beni comuni globali significa restituire alla società tale patrimonio, lasciando che l'intelligenza collettiva ne faccia uso per trarne tutto il potenziale valore culturale, sociale, politico ed economico.

5. Le contraddizioni nella politica legislativa dell'Unione europea tra apertura dei dati e rafforzamento della tutela della proprietà intellettuale

Gli oligopoli digitali e i conseguenti rischi di conoscenza inattendibile, di manipolazioni del pensiero e della volontà, di discriminazioni e ingiustizie sociali, di non corretto funzionamento dei mercati non sono insiti nella tecnologia. Il progresso culturale e sociale, la tenuta dei sistemi democratici, la tutela dei diritti fondamentali, lo sviluppo economico oggi, ancor più che in passato, dipendono da precise scelte di politica legislativa in tema di controllo sui dati.

L'Unione europea nell'ultimo decennio ha inteso svolgere un ruolo propulsivo nel definire modelli giuridici che ambiscono ad essere un riferimento a livello globale³³ e a promuovere una società digitale in cui siano garantiti centralità della persona, tutela dei diritti fondamentali, rispetto dei valori democratici, sicurezza e inclusione sociale; modelli che salvaguardano i valori europei, ponendosi come riferimento culturale prima ancora che giuridico.

È il filo conduttore di un'intensa stagione legislativa che va dal

³² SHKABATUR, *The Global Commons of Data*, cit., p. 354 ss.

³³ Sul cosiddetto «effetto Bruxelles» cfr. A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York 2020.

Regolamento generale sulla protezione dei dati personali³⁴ alla proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale³⁵, passando per il Regolamento sui mercati digitali (*Digital Markets Act*)³⁶ e il Regolamento sui servizi digitali (*Digital Services Act*)³⁷, fino ad arrivare al Regolamento sulla governance dei dati (*Data Governance Act*)³⁸ e al Regolamento sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (*Data Act*)³⁹.

Questi due ultimi e recenti interventi normativi – approvati nell'ambito della Strategia europea per i dati, volta a consentire ai dati di circolare liberamente a vantaggio delle imprese, dei ricercatori e delle pubbliche amministrazioni⁴⁰ – pur proseguendo il percorso intrapreso con il Regolamento sulla libera circolazione dei dati non personali⁴¹ e con la Direttiva sui dati aperti⁴², segnano un significativo cambio di passo con un deciso rafforzamento del principio dell'apertura e della condivisione dei dati.

Il *Data Governance Act*⁴³ mira ad agevolare e incrementare l'apertura, la

³⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE.

³⁵ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (Legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final, del 21 aprile 2021.

³⁶ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Regolamento sui mercati digitali).

³⁷ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali (Regolamento sui servizi digitali).

³⁸ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il Regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati).

³⁹ Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (Regolamento sui dati).

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 final, del 19 febbraio 2020.

⁴¹ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea

⁴² Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico.

⁴³ Il Regolamento (UE) 2022/868 disciplina: le condizioni per il riutilizzo, all'interno dell'Unione, di determinate categorie di dati detenuti da enti pubblici (Capo II); l'attività di intermediazione dei dati svolta da operatori digitali che facilitano la condivisione e lo scambio dei dati (fornitori di servizi di intermediazione dei dati), per la quale viene

condivisione e il riutilizzo dei dati, personali e non, e attribuisce ai fornitori di «servizi di intermediazione dei dati»⁴⁴ un ruolo chiave nell'economia dei dati, quali soggetti neutrali e indipendenti sia rispetto agli interessati e ai titolari dei dati, sia rispetto agli utenti. Sono previsti obblighi rigorosi volti a garantirne trasparenza e correttezza operativa, tra cui l'obbligo di: non utilizzare i dati o i metadati per scopi diversi; prevedere una procedura di accesso al servizio equa, trasparente e non discriminatoria anche in relazione ai costi; adottare misure adeguate per garantire l'interoperabilità con altri servizi di intermediazione dei dati e garantire armonizzazione rispetto a standard internazionali o europei sui dati; predisporre procedure che prevenano attività fraudolente o abusive; garantire un elevato livello di sicurezza per l'archiviazione e trasmissione di dati non personali⁴⁵.

La Legge europea sulla governance dei dati persegue, inoltre, l'obiettivo di promuovere «l'altruismo dei dati», inteso come «la condivisione volontaria di dati, sulla base del consenso da parte degli interessati o dell'autorizzazione da parte dei titolari, per fini altruistici, ossia senza un compenso che vada oltre la copertura dei costi sostenuti, e per obiettivi di interesse generale quali «l'assistenza sanitaria, la lotta ai cambiamenti climatici, il miglioramento della mobilità, l'elaborazione e divulgazione di statistiche ufficiali, il miglioramento della fornitura dei servizi pubblici, l'elaborazione di politiche pubbliche, la ricerca scientifica nell'interesse generale»⁴⁶. Per le «organizzazioni per l'altruismo dei dati» sono previsti requisiti di indipen-

introdotto un sistema di requisiti obbligatori, notifica, controllo e sanzioni (Capo III); l'attività delle organizzazioni che raccolgono, elaborano e mettono a disposizione dati per fini altruistici (organizzazioni per l'altruismo dei dati), per la quale è previsto un sistema di registrazione volontaria, requisiti obbligatori e controlli (Capo IV); un nuovo sistema di governance dei dati (Capi V e VI) con l'istituzione di un Comitato europeo per l'innovazione in materia di dati, organismo indipendente con funzioni, tra le altre, di garanzia di coerenza ed uniformità nell'applicazione del Regolamento, di supporto alla Commissione europea, di promozione della cooperazione tra le Autorità competenti (art. 29 e 30).

⁴⁴ Il «servizio di intermediazione dei dati» è definito come «il servizio che mira a instaurare, attraverso strumenti tecnici, giuridici o di altro tipo, rapporti commerciali a fini di condivisione dei dati tra un numero indeterminato di interessati e di titolari di dati, da un lato, e gli utenti dei dati, dall'altro» (art. 2, n. 11, Regolamento (UE) 2022/868) «compresa la creazione di piattaforme o banche dati che consentono lo scambio o l'utilizzo congiunto dei dati» (art. 10, lett. a), Regolamento (UE) 2022/868). La notifica autorizza l'intermediario a fornire servizi di intermediazione dei dati in tutti gli Stati membri.

⁴⁵ Art. 12, Regolamento (UE) 2022/868. In caso di violazioni, alle Autorità nazionali competenti designate dagli Stati membri è attribuito il potere di irrogare sanzioni e di richiedere la cessazione della fornitura del servizio (art. 14, Regolamento (UE) 2022/868).

⁴⁶ Art. 2, n. 16, Regolamento (UE) 2022/868.

denza, obblighi di trasparenza e un sistema di registrazione e controllo⁴⁷.

Oggi le imprese che gestiscono piattaforme digitali non hanno l'obbligo di aprire e condividere i dati con soggetti esterni; generalmente sono molto restie a farlo per non perdere il vantaggio competitivo che deriva loro dal controllo su ingenti quantità di dati. Nei pochi casi in cui decidono di farlo, scelgono quali dati aprire e, attraverso lo strumento contrattuale, impongono stringenti condizioni e limiti da rispettare nel riutilizzo dei dati.

Il *Data Act* introduce – disciplinandone analiticamente presupposti, limiti e durata⁴⁸ – obblighi delle imprese⁴⁹ di condividere i dati in loro possesso con enti pubblici, la Commissione, la Banca centrale europea o un organismo dell'Unione che ne facciano richiesta e dimostrino la necessità eccezionale di utilizzarli per svolgere le proprie funzioni nell'interesse pubblico e per far fronte ad un'emergenza pubblica⁵⁰, nei casi in cui i dati non possano essere ottenuti in modo tempestivo con mezzi alternativi e purché le richieste dell'ente siano proporzionate, indichino chiaramente la finalità da conseguire e rispettino la tutela dei segreti commerciali. Sono, inoltre, previsti ulteriori obblighi di condivisione dei dati⁵¹, tra i quali obblighi di condivisione dei dati relativi alle prestazioni, all'uso e all'ambiente dei prodotti connessi e dei servizi correlati⁵² (come i prodotti e i servizi dell'*Internet of Things*⁵³).

Si tratta di importanti passi in avanti compiuti dal legislatore europeo per favorire l'apertura dei dati e definire un sistema di vigilanza su raccolta, scambi, condivisione e riutilizzo dei dati, personali e non, che garantisca

⁴⁷ Artt. 16-25, Regolamento (UE) 2022/868.

⁴⁸ Capo V, Regolamento (UE) 2023/2854.

⁴⁹ Eccetto le piccole e microimprese come definite dall'art. 2 dell'allegato della Raccomandazione 2003/361/CE.

⁵⁰ Intesa come «situazione eccezionale, limitata nel tempo, come un'emergenza di sanità pubblica, un'emergenza derivante da calamità naturali, una grave catastrofe di origine antropica, compreso un grave incidente di cibersicurezza, che incide negativamente sulla popolazione dell'Unione o su tutto o parte di uno Stato membro, con il rischio di ripercussioni gravi e durature sulle condizioni di vita o sulla stabilità economica, sulla stabilità finanziaria, o di un sostanziale e immediato degrado delle risorse economiche nell'Unione o nello Stato membro o negli Stati membri interessati e che è determinata o dichiarata ufficialmente in conformità delle pertinenti procedure previste dal diritto dell'Unione o nazionale» (art. 2, n. 29, Regolamento (UE) 2023/2854).

⁵¹ Capo III, Regolamento (UE) 2023/2854.

⁵² Capo II, Regolamento (UE) 2023/2854.

⁵³ Con *Internet of Things* (IoT) si intende una rete di oggetti che usiamo quotidianamente, connessi e comunicanti tra loro e verso l'esterno, dotati di tecnologie di identificazione e sensori, impiegati in diversi settori come la domotica, robotica, industria automobilistica, industria biomedicale.

maggiore certezza, trasparenza, correttezza, equità, sicurezza, rispetto dei diritti fondamentali e della concorrenza nei mercati. nella giusta direzione. Tuttavia, affinché come per i dati del settore pubblico anche per i dati del settore privato l'apertura diventi la regola e non l'eccezione, la strada da percorrere è ancora lunga.

Inoltre, la proliferazione di normative settoriali che direttamente o indirettamente disciplinano le attività di accesso e utilizzo dei dati digitali ha portato con sé una notevole frammentazione del quadro giuridico di riferimento con le conseguenti incertezze e difficoltà interpretative e applicative.

Ma il limite maggiore degli interventi normativi europei volti a promuovere l'apertura dei dati risiede nel fatto che essi lasciano immutate normative settoriali che tutelano interessi che sono potenzialmente in conflitto con il principio di apertura dei dati e che vengono ritenuti preminenti rispetto a tale principio. Tra questi interessi si pongono, in primo luogo, quelli relativi alla tutela della proprietà intellettuale⁵⁴. E dal rapporto tra l'apertura dei dati e la tutela della proprietà intellettuale derivano i maggiori problemi.

Le imprese che gestiscono grandi piattaforme digitali hanno un potere di controllo esclusivo su enormi quantità di dati che deriva loro dai diritti di esclusiva con cui vengono remunerati gli investimenti sostenuti per la creazione delle banche dati e per lo sviluppo degli algoritmi. Ai diritti di proprietà intellettuale si aggiungono, inoltre, esclusive di fonte contrattuale nonché poteri di controllo sui dati derivanti di fatto da misure tecniche di protezione, che danno luogo a forme anomale di controllo che si sottraggono ai meccanismi di bilanciamento previsti dal diritto della proprietà intellettuale⁵⁵.

In Unione europea come in pressoché tutti gli ordinamenti giuridici di area occidentale, il diritto della proprietà intellettuale ha conosciuto negli ultimi decenni un'evoluzione normativa e giurisprudenziale segnata da una continua espansione dell'ambito della tutela con corrispondente riduzione dell'ambito del dominio pubblico della conoscenza⁵⁶.

Questa tendenza all'ampliamento e al rafforzamento della tutela della proprietà intellettuale non è stata smentita dalla recente Direttiva europea

⁵⁴ Art. 1, co. 2, Direttiva 2019/1024/UE.

⁵⁵ R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Ledizioni, Milano 2020, p. 39.

⁵⁶ Per un'argomentazione più dettagliata e per i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, sia consentito rinviare a G. MAZZEI, *Propiedad intelectual y dominio público del conocimiento*, in «Revista General de Derecho Público Comparado», 12, 2013, p. 3 ss.

sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale⁵⁷, in cui la tutela dei diritti di esclusiva dovrebbe essere controbilanciata da una serie di eccezioni e limiti, ma da cui risulta un insieme di regole così poco chiaro e organico da limitare significativamente l'efficacia di tali eccezioni e limiti⁵⁸.

A causa del continuo rafforzamento della tutela della proprietà intellettuale, il regime dell'*open data* rischia paradossalmente di incrementare gli oligopoli delle piattaforme digitali, che con il loro enorme potere computazionale raccolgono i dati resi accessibili e riutilizzabili, li aggregano in nuove banche dati protette da diritto *sui generis*, per analizzarli tramite algoritmi protetti da segreto commerciale.

Le contraddizioni di una politica legislativa europea, volta, da un lato, all'apertura dei dati, dall'altro, al continuo rafforzamento della tutela della proprietà intellettuale rischiano di vanificare gli sforzi compiuti a livello internazionale, europeo e nazionale per rendere accessibile e riutilizzabile il patrimonio informativo del settore pubblico e del settore privato.

ABSTRACT

Digital oligopolies represent a major social, political and market failure. Cultural progress, the resilience of democratic systems, the protection of fundamental rights, and economic development, today even more than in the past, depend on precise legislative policy choices regarding data control. Considering big data as global commons may mean giving back to society extensive information assets enabling collective intelligence to benefit from their potential cultural, social, political and economic value. The European Union is moving in the right direction but a series of contradictions emerge when it comes to its legislative policies. These policies encourage open data, on the one hand, and reinforce the protection of intellectual property rights, on the other.

KEYWORDS: Digital Oligopolies; Open Data; IP Rights.

⁵⁷ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

⁵⁸ CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, in «Dir. ind.», 2, 2020, p. 118 ss.

Angioletta Sperti

*La sfera pubblica delle corti costituzionali:
alcune riflessioni sull'impatto di social media e live broadcast
della giustizia costituzionale*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Corti costituzionali e social media – 3. Corti costituzionali e trasmissione audio-video delle udienze pubbliche – 4. Alcune osservazioni conclusive.

1. *Premessa*

Secondo un'affermazione ricorrente, sia in dottrina che nelle dichiarazioni dei giudici costituzionali, le Corti costituzionali dovrebbero esprimersi unicamente attraverso le proprie pronunce. Negli Stati Uniti, la Corte Suprema ha ravvisato in questa considerazione «un principio essenziale per il funzionamento del sistema giudiziario»¹ ed, in Germania, i giudici costituzionali hanno sottolineato il dovere del Tribunale costituzionale federale di «parlare attraverso le proprie decisioni» e di «non autopromuoversi»². Analoghe considerazioni sono state espresse dai Presidenti della nostra Corte costituzionale.³

L'idea secondo cui le Corti debbano parlare all'opinione pubblica unicamente attraverso le proprie pronunce si fonda essenzialmente sul timore che la comunicazione pubblica possa incidere negativamente sulla legittimazione del giudice costituzionale. Ne consegue che la trasparenza e che la responsabilità (*accountability*) delle Corti nei confronti dell'opinione pubblica debba essere perseguita attraverso la chiarezza ed il rigore della motivazione delle pronunce. «La garanzia della trasparenza – ha dichiarato il Presidente Quaranta nel 2012, in occasione dell'annuale incontro con la

¹ *Bell v. Thompson*, 545 U.S. 794 (2005), 805.

² M.W. HUFF, *Information ist auch eine Ausgabe des BVerfG. Anmerkungen zur Öffentlichkeitsarbeit*, in «Neue Juristische Wochenschrift (NJW)», 2001, p. 2951, p. 2952.

³ Si v. U. DE SIERVO, *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2010. Incontro con la stampa*, Roma, Palazzo della Consulta, 10 febbraio 2011, p. 1.

stampa - è assicurata dalla necessaria motivazione delle sue decisioni, sicché queste sono sottoposte ad un controllo pubblico diffuso»⁴. Il Tribunale costituzionale federale tedesco ha richiamato la connessione tra stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*) e trasparenza nell'esercizio della giurisdizione costituzionale, ma ha altresì sottolineato come quest'ultima debba essere bilanciata con la segretezza delle deliberazioni, al fine di preservare l'indipendenza e favorire l'assunzione di «decisioni bilanciate e critiche», oltre che per preservare «l'aurea di mistero» che circonda il Tribunale costituzionale⁵.

Nonostante la loro cautela nel rapporto con i media e con l'opinione pubblica, negli ultimi anni le corti hanno dimostrato maggiore consapevolezza dell'importanza di «conoscere e farsi conoscere»⁶. Con ciò non si intende certo affermare che, in passato, esse siano state inconsapevoli dell'importanza della trasparenza e della informazione sulla loro attività giurisdizionale. Come ha scritto D. Stasio, la nostra Corte costituzionale, ad esempio, ha coltivato, sin dalla sua istituzione, l'idea che la comunicazione istituzionale costituisca un «servizio» tanto che «nell'udienza inaugurale del 23 aprile 1956, l'allora presidente [...] Enrico De Nicola si impegnava a far conoscere, “qui e fuori di qui”, la Corte costituzionale e i suoi compiti, “con semplicità e con chiarezza, senza opulenze verbali”».⁷

Tuttavia, rispetto al passato, le Corti hanno non solo potenziato i loro tradizionali strumenti di comunicazione (il comunicato stampa, le conferenze stampa), ma hanno anche sviluppato un vasto numero di iniziative per raggiungere «tutte le persone»⁸ nelle diverse aree del loro territorio nazionale e per costruire con loro un rapporto comunicativo diretto e dialogico.

Il breve spazio di questo contributo non consente di illustrare nel dettaglio le strategie e le iniziative di comunicazione adottate dalle

⁴ A. QUARANTA, *Relazione del Presidente Alfonso Quaranta sulla giurisprudenza costituzionale del 2011. Incontro con la stampa, Roma, Palazzo della Consulta, 23 febbraio 2012*, p. 2.

⁵ U. KRANENPHOL, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, VS Verlag, Wiesbaden 2010, §§ 14.3 e 12.4.

⁶ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli, che siano italiani o stranieri*, in «La Repubblica», 31 gennaio 2019, p. 5.

⁷ D. STASIO, *Il senso della Corte per la comunicazione*, in «Questione Giustizia», 4, 2020, p. 156, in part. p. 157.

⁸ *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, 2. Per un'analoga affermazione si v. anche la Presidente emerita della Corte Suprema del Regno Unito che, in occasione del viaggio della Corte in Irlanda del Nord, ha sottolineato l'importanza per i giudici di raggiungere i cittadini 'a casa loro' (<<https://www.youtube.com/watch?v=-eWt0f6N8nw>>).

Corti negli ultimi anni, né di indagare approfonditamente le cause della trasformazione del loro rapporto con i media e con l'opinione pubblica⁹. Certamente a tale trasformazione hanno concorso i profondi cambiamenti che negli ultimi venti anni hanno riguardato i media e la comunicazione, ma reputo sia riduttivo ricondurne le cause solo a tali sviluppi tecnologici. Non deve, infatti, dimenticarsi che – come dimostra anche la stessa esperienza italiana – la ricerca di un rapporto con l'opinione pubblica deriva dalla stessa natura delle Corti costituzionali, a metà tra politica e giurisdizione. Hamilton scriveva che la Corte Suprema degli Stati Uniti «non ha né forza, né volontà, ma solo giudizio»¹⁰ e che, di conseguenza, «l'arma più potente del suo arsenale è il rispetto popolare»¹¹ (*public deference*). Le Corti costituzionali sono quindi consapevoli dell'importanza del potere della parola e ricercano un rapporto diretto con l'opinione «che tenda a scavalcare la mediazione partitica»¹².

Non si tratta, tuttavia – come preciserò in seguito – della ricerca di un consenso di natura politica, analogo a quello che tramite il dialogo con l'opinione pubblica perseguono gli organi elettivi¹³. La nostra Corte, per esempio, ha sempre manifestato la consapevolezza che, per l'effettività della giustizia costituzionale¹⁴ e della stessa Costituzione, occorra costruire «un comune sentire» o, come scrive Zagrebelsky, «un partito della Costituzione» con cui intessere un dialogo e da cui trarre alimento e sostegno¹⁵.

⁹ Ho svolto questa considerazione in un primo scritto del 2019 (*Corte costituzionale e opinione pubblica*, in «Diritto e Società», 2019, p. 187) sviluppandola, in modo più ampio ed approfondito, in una recente monografia (*Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, Hart Publishing, Oxford, 2023, in part. p. 51 ss.) cui mi sia consentito di rinviare.

¹⁰ *The Federalist* n. 78.

¹¹ R. DAVIS, *Justices and Journalists: the U.S. Supreme Court and the Media*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, 19.

¹² E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, il Mulino, Bologna 1996, p. 34 il quale ricorda, con riferimento alla nostra Corte costituzionale, come ciò abbia consentito alla giurisprudenza costituzionale di costituire quel «volano che, indipendentemente dagli indirizzi perseguiti, nelle varie fasi di sviluppo del sistema, dalle forze politiche, ha consentito alla Costituzione di evolversi, di adeguarsi al tessuto sociale e di acquisire, infine, nei suoi valori fondanti, un forte e diffuso consenso sociale» (p. 23).

¹³ Sul punto, più ampiamente, rinvio nuovamente a SPERTI, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, cit., p. 183 ss.

¹⁴ Sul tema. T. GROPPI, *Corte costituzionale e principio di effettività*, Relazione al Convegno su «Dimensioni dell'effettività tra teoria generale e politica del diritto», Salerno, 2-4 ottobre 2003.

¹⁵ Si v. in part. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, vol. 1, *Storia, principi. Interpretazioni*, Bologna, 2007, 123. Già C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, in «Iustitia», 1949, p. 69 ss., avvertiva che «quando le pronunce

Nel breve spazio di questo intervento mi propongo di illustrare le modalità attraverso cui si è realizzato negli ultimi anni il rapporto delle corti costituzionali e supreme con la sfera pubblica attraverso due esempi che a mio parere illustrano, in maniera particolarmente significativa, i caratteri di tale trasformazione ed ai problemi ad essa inerenti: l'utilizzo dei social media e la diffusione di riprese audio visive delle udienze.

2. Corti costituzionali e social media

A partire dai primi anni 2000, i siti web si sono rivelati uno strumento insoddisfacente per promuovere la comunicazione istituzionale con l'opinione pubblica, anche in considerazione del profondo cambiamento del modo in cui gli utenti accedono, condividono e utilizzano le informazioni. Le Corti costituzionali e supreme, come le altre istituzioni pubbliche, hanno quindi incluso i social media fra i loro strumenti di comunicazione, tenuto anche conto del costante declino dei canali tradizionali di informazione (quotidiani, TV e radio).

I social media offrono alle corti la possibilità di stabilire con il pubblico una comunicazione più 'interattiva' rispetto a quella tradizionale. Inoltre, essi consentono agli utenti di essere aggiornati in tempo reale sulle novità giurisprudenziali e le attività extra giurisdizionali delle Corti. Ciò ha peraltro indotto una trasformazione degli stessi siti web delle corti che oggi ospitano contenuti comuni a queste piattaforme (come brevi video, messaggi audio, gallerie fotografiche, brevi comunicati). A favorire inoltre la diffusione dei social media hanno poi concorso le aspettative del mondo dell'avvocatura e delle parti processuali, tanto che il ricorso a tali strumenti è stato anche ricondotto in altri ordinamenti all'adozione del processo telematico o delle banche dati elettroniche della giurisprudenza.¹⁶

Nel vasto panorama dei social media, le Corti costituzionali fanno principalmente uso di Twitter per promuovere la loro comunicazione istituzionale. Il *Conseil Constitutionnel* francese e la Corte Suprema del Regno Unito hanno lanciato i loro account Twitter nel 2011, seguiti

della Corte riescano ad esprimere esattamente lo stato della coscienza sociale, ... si renderà inutile nella maggioranza dei casi ricorrere contro la pronuncia di incostituzionalità della legge alla procedura di emendamento, perché fondata si presenterà la previsione della mancanza dell'adesione popolare a tale iniziativa».

¹⁶ N.H. MEYER, *Social Media and the Courts: Innovative Tools or Dangerous Fad?*, in «International Journal for Court Administration», 6, 1, 2014, p.5.

dal Tribunale costituzionale tedesco nel 2014, dalla Corte Suprema del Canada nel 2015, dalla Corte Costituzionale spagnola nel 2017, dalla *Cour constitutionnel* del Belgio nel 2019, dalla Corte Costituzionale italiana nel 2020. Le Corti costituzionali sono, inoltre, attive anche su Instagram e Facebook. La Corte Costituzionale italiana è stata la prima ad aprire un account Instagram nel 2016, seguita dalla Corte Suprema del Regno Unito nel 2017, mentre la Corte Suprema del Canada ha aderito a Instagram solo nel 2022. Il Tribunale costituzionale tedesco ha lanciato il suo account Instagram nell'agosto 2021 in occasione del suo 70esimo anniversario, ma lo ha chiuso pochi mesi dopo. Facebook è, invece, utilizzato dal *Conseil Constitutionnel* francese dal 2008 e dalla Corte Suprema del Canada dal 2017. La Corte Suprema del Canada utilizza i social media anche per fare networking (LinkedIn); inoltre, le Corti condividono video attraverso Daily Motion (il *Conseil* francese) e YouTube (la Corte Costituzionale italiana, la Corte Suprema del Regno Unito, il Tribunale costituzionale tedesco). La Corte Suprema degli Stati Uniti, osserva invece un maggiore *self-restraint* nella comunicazione e non ha ancora aperto un account ufficiale sui social media.

A innescare la svolta comunicativa delle corti costituzionali sui social media sono state spesso esigenze concrete legate all'introduzione di alcune riforme costituzionali o a cambiamenti nella Presidenza. In Francia, ad esempio il lancio dell'account Facebook del *Conseil* è stato motivato dall'esigenza di promuovere la *Question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), mentre in Canada l'apertura ai social media è avvenuta in occasione della nomina del nuovo Chief Justice Wagner. Nel Regno Unito, invece, l'adozione dei social media è avvenuta per promuovere alcune iniziative di comunicazione, come le udienze fuori sede. Nel 2017, la Corte Suprema del Regno Unito ha, infatti, aperto un account Instagram in coincidenza con la sua prima seduta fuori Londra, sottolineando come il nuovo canale di comunicazione fosse «progettato per fungere da finestra sulla vita della Corte Suprema oltre l'aula delle udienze»¹⁷.

Sebbene quindi l'immediata ragione del cambiamento possa, quindi, ricondursi a fattori contingenti, in realtà le ragioni più profonde del cambiamento sono legate al desiderio delle Corti di avviare un diverso rapporto con il pubblico e di raggiungere pubblici diversi. Circa dieci anni fa, l'uso dei siti web si è, infatti, rivelato uno strumento insoddisfacente per la comunicazione istituzionale poiché essi consentivano di perseguire

¹⁷ UK Supreme Court, News Release of 04/2017 del 12 giugno 2017 in <<https://www.supremecourt.uk/news/filter-camera-action-supreme-court-arrives-on-instagram-on-eve-of-first-hearings-in-scotland.html>>.

essenzialmente una finalità di trasparenza, senza offrire alle corti la possibilità di comunicazione con il pubblico.

Queste piattaforme consentono, invece, come è stato affermato, «l'emergere di una nuova logica di riunione nel luogo pubblico»¹⁸, ma al tempo stesso di soddisfare le esigenze di una comunicazione più immediata e più interattiva, dando così seguito, sul piano del rapporto con la sfera pubblica, a quelle trasformazioni che in qualche modo erano già state avviate, sul piano processuale, con l'adozione del processo telematico e delle banche dati elettroniche della giurisprudenza.

Inoltre, i social media consentono alle corti di raggiungere pubblici differenziati, ed in particolare le generazioni più giovani e il pubblico non esperto. La nostra Corte costituzionale, per esempio, ha sottolineato come Instagram abbia rappresentato «un attimo punto di partenza per instaurare dal dicembre 2019 un tipo di comunicazione più mirata e continuativa, con una più solida coerenza di linguaggio e attualità di contenuti», «con l'obiettivo duplice e complementare di far conoscere il più possibile la Corte all'esterno e arrivare agli utenti più giovani»¹⁹.

La Corte Suprema inglese, la prima a lanciare un account Twitter nel 2011, è stata, invece, ispirata dall'intento di «migliorare la comunicazione verso gli *stakeholders* esterni» e di «fornire uno strumento per comunicare sentenze e altre notizie in modo molto conciso e rapido a un gran numero di persone»²⁰, principalmente studiosi, professionisti e studenti di diritto. Nel 2017 la comunicazione è stata arricchita dall'apertura, come ricordato in precedenza, di un canale Instagram. Entrambi hanno ricevuto un buon riscontro in termini di utenti e di accessi tanto che la stessa Corte Suprema ha osservato, in uno dei suoi Report annuali, che «non è infrequente che le sentenze ricevano ampia copertura, provochino discussioni su Twitter e che #UKSupremeCourt sia di tendenza sui social»²¹.

Le nuove opportunità offerte dai social media sono tuttavia

¹⁸ J.S. JURIS, *Reflections on #Occupy Everywhere: Social Media, Public Space, and the Emerging Logics of Aggregation*, in «American Ethnologist», 39, 2, 2012, p. 259. See also P. GERBAUDO, *Tweets and Streets: Social Media and Contemporary Activism*, Pluto Press, London 2012.

¹⁹ Si v. a questo riguardo il *Report sulla comunicazione della Corte costituzionale italiana del 2019*, in cui si sottolinea anche come «la Corte ha deciso di approdare sui social network soprattutto in quanto strumenti di comunicazione utilizzati dai giovani, cioè da quel pubblico al quale si rivolge in modo particolare la comunicazione della Corte». Il Report sottolinea inoltre come Instagram sia «lo strumento che meglio si presta a questo obiettivo» (p. 12).

²⁰ UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2011-12, in <https://www.supremecourt.uk/docs/annual_report_2011_12.pdf>.

²¹ UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2018-19 in <<https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2018-19.pdf>>.

accompagnate da nuove *sfide*. I social media sono, infatti, per loro stessa natura, decentralizzati e multidirezionali e mettono pertanto in discussione il distacco e self-restraint che tradizionalmente il pubblico si attende dalle corti costituzionali. Mentre i siti web erano in passato finalizzati ad una comunicazione proattiva ma essenzialmente unidirezionale, i social media consentono alle Corti costituzionali e supreme di diffondere un messaggio più articolato nei contenuti e sono aperti, almeno potenzialmente, alla interazione con il pubblico.

A tali potenzialità corrisponde anche un'accentuazione di 'pericoli' già evidenti in passato nella comunicazione attraverso i canali più tradizionali: i social media amplificano, infatti, il rischio di distorsione, di amplificazione di una logica 'vincitori' e 'vinti' nella narrativa pubblica sulle pronunce e, quindi, di semplificazione del messaggio o di potenziale strumentalizzazione dei contenuti delle pronunce, in una logica che tende ad esaltare una supposta conflittualità interna alle corti stesse. La comunicazione sintetica ed immediata tipica dei social media, infatti, poco si adatta ad un'adeguata informazione su testi complessi come le pronunce delle Corti costituzionali.

L'esperienza del Tribunale costituzionale tedesco consente di illustrare, in modo significativo, la difficoltà di interazione delle corti costituzionali con la sfera dell'opinione pubblica attraverso questi più recenti canali di comunicazione. Il Tribunale ha lanciato il suo account Instagram nel 2021 per celebrare il 70esimo anniversario della sua istituzione. Il lancio dell'account è stato accompagnato da dichiarazioni pubbliche in cui il Tribunale prometteva di offrire ai cittadini «un nuovo sguardo sul suo lavoro»²². La risposta del pubblico è stata sin da subito positiva – quasi 26.000 followers – ma a poche settimane dal lancio del canale Instagram, il Tribunale ha deciso di adottare un approccio 'difensivo' vietando, dapprima, i commenti degli utenti, e dopo pochi mesi, deliberando la chiusura dell'account.

Questo esempio dimostra l'ambivalente relazione delle Corti costituzionali con la sfera pubblica: da un lato, esse sono consapevoli del fatto che la narrazione sulla loro giurisprudenza e sulle loro conseguenze è indipendente dal loro intervento e che i social media sono già luoghi del dibattito pubblico (*public forums*), per cui non essere presenti su tali canali non vuol dire rimuovere il dibattito sulle corti, ma semplicemente non prendervi parte.

D'altro canto, le corti temono – aprendosi alla comunicazione sui social

²² Comunicato stampa del 18 agosto 2021.

– di perdere quell’aura di legittimazione e di distacco che tradizionalmente le distingue dagli organi politici. Di conseguenza, vivono con preoccupazione l’immediatezza nelle reazioni che tali canali consentono ai cittadini e la possibilità di interazione con loro. Tuttavia, scegliendo di non interagire – come fanno tutte le corti – esse riescono a prevenire le critiche sul fronte della ricerca di una legittimazione politica, ma si precludono la possibilità di una piena fruizione di tali strumenti, prestando il fianco all’obiezione che questi ultimi assolvano ad una funzione meramente pubblicitaria e di facciata. Ciò stimola, quindi, la critica secondo cui i social media rappresenterebbero solo nuova vetrina per le corti e non offrirebbero quella reale apertura al pubblico dichiarata dalle corti stesse²³.

3. Corti costituzionali e trasmissione audio-video delle udienze pubbliche

Un’ulteriore dimostrazione delle difficoltà poste dai recenti sviluppi sul piano della comunicazione istituzionale delle corti, può trarsi dall’utilizzo da parte della corti costituzionali di un altro strumento di comunicazione, sviluppato soprattutto durante la pandemia da Covid-19, ossia la trasmissione, audio o video, in diretta o in differita, delle udienze pubbliche.

L’esperienza britannica è a questo riguardo particolarmente significativa, dal momento che la Corte Suprema ha adottato questa forma di comunicazione e di trasparenza delle proprie attività giurisdizionali sin dalla sua istituzione²⁴. Nella convinzione che le riprese video delle udienze potessero «aiutare la Corte nell’aprire il suo procedimento al pubblico»²⁵, sin dal 2011, le riprese in diretta sono state rese disponibili ai cittadini su alcune piattaforme televisive. In seguito, la Corte Suprema ha reso fruibile, in un archivio *on demand*, i video relativi alla lettura sintetica delle motivazioni e del dispositivo al momento del deposito della sentenza. Pertanto, una volta emessa la sentenza, il filmato viene pubblicato insieme al testo completo della pronuncia ed alla sintesi per la stampa (*press*

²³ Per una più ampia analisi di questi problemi, mi sia consentito rinviare al mio lavoro monografico *Constitutional Courts, Media, Public Opinion*, cit., p. 91 ss.

²⁴ La legge istitutiva della Corte Suprema prevede che quest’ultima sia esentata dal divieto di trasmissione audio televisiva delle sedute pubbliche, applicabile alle altre Corti dell’Inghilterra, del Galles e dell’Irlanda del Nord (si v. *Constitutional Reform Act 2005*, s. 47).

²⁵ Si v. A. WAGNER, *How Supreme Court Live Works*, in «UK Human Rights Blog», 18 maggio 2011.

summary). I video restano a disposizione degli utenti per un anno.

L'ex Presidente della Corte Suprema, Lord Neuberger, ha descritto questo strumento come un'opportunità per vedere la Costituzione «*in living, breathing action*»²⁶. Ha inoltre sottolineato che «l'archivio aiuterà le persone a comprendere il contesto delle decisioni prese nella nostra più alta corte d'appello», «sarà utile anche a coloro che svolgono la professione legale e servirà come strumento informativo per coloro che invece intendano intraprenderla»²⁷.

Inoltre, fin dalla sua istituzione, la Corte Suprema del Regno Unito ha reso messo a disposizione delle principali emittenti britanniche (BBC, ITN, Sky News) anche le riprese audio video in tempo reale, consentendole di utilizzarle all'interno della loro programmazione. Nella prassi, le emittenti televisive utilizzano tali filmati piuttosto di rado, preferendo trasmettere solo spezzoni della lettura della sintesi delle motivazioni²⁸. Le sintesi sono, infatti, molto utili per il pubblico perché consentono di offrire in pochi minuti una rapida panoramica del caso, delle conclusioni a cui è giunta la Corte Suprema e delle ragioni della decisione. Fin da subito, il servizio ha riscosso un grande apprezzamento da parte di giornalisti, studiosi e pubblico, registrando numeri record di collegamenti in occasione dell'annuncio di sentenze storiche come quelle relative alla Brexit²⁹.

Un altro tribunale per il quale vige «un regime derogatorio speciale» è il Tribunale Costituzionale tedesco, poiché il § 17a della legge che ne disciplina in funzionamento (Bundesverfassungsgericht Gesetz – BVerfGG), ammette la trasmissione pubblica delle udienze pubbliche della Corte «come eccezione specifica e parziale» (*abweichend von*) al divieto generale di telecamere nelle aule di tribunale stabilito dal § 169 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG).

L'adozione di un'eccezione è stata considerata opportuna in considerazione delle «particolarità della procedura del Tribunale costituzionale», e giustificata anche dall'importanza e dall'attualità dei casi e dal ruolo dell'or-

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ O. BOWCOTT, *Supreme court puts archive of recordings of past cases online*, in «The Guardian», 5 maggio 2015.

²⁸ UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2010-11 in <https://www.supremecourt.uk/docs/ar_2010_11.pdf>, pag. 33. Sul tema mi sia consentito rinviare a A. SPERTI, *Constitutional Courts, Media, Public Opinion*, cit., p. 107 ss.

²⁹ *R (on the application of Miller and another v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 and *R (on the application of Miller) v The Prime Minister, Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41. UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2019-20, in <<https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2019-20.pdf>>, p. 96.

gano nella forma di governo. Il § 17a consente registrazioni radiofoniche, televisive e video «per la presentazione pubblica o per la pubblicazione del loro contenuto». Sono ammesse le registrazioni durante le udienze «fino a quando la Corte non abbia accertato la presenza delle parti» o durante la lettura pubblica delle sentenze. Al contrario, le registrazioni durante il seguito dell'udienza pubblica sono sottoposte alla regola generale stabilita dal § 169 GVG e sono, quindi, considerate in violazione della legge. Il BVerfGG prevede, inoltre, che possano essere introdotte limitazioni per tutelare gli interessi e i diritti fondamentali delle parti e dei terzi coinvolti nel procedimento. Inoltre, secondo il § 24, comma 1 del Regolamento di procedura del Tribunale³⁰, entrambi i Senati emanano regolamenti supplementari che forniscono istruzioni dettagliate per le registrazioni video e le foto durante le udienze, per la lettura della sentenza e per l'accreditamento dei giornalisti. Si deve, tuttavia, ricordare che la disciplina trova applicazione in un numero molto limitato di casi per lo più concernenti questioni che hanno un elevato impatto politico e sociale.

Le esperienze della Corte Suprema del Regno Unito e del Tribunale costituzionale tedesco dimostrano le potenzialità dello strumento della trasmissione, in diretta o in differita, delle udienze pubbliche, al fine di perseguire trasparenza e pubblicità del processo ben oltre quanto potrebbe offrire l'accesso del pubblico all'aula di udienza. Queste Corti sono state, infatti, pioniere nella radiodiffusione e nell'utilizzo delle riprese audio-video e la loro diffusione attraverso i tradizionali canali di informazione. Inoltre, la loro esperienza è stata accolta favorevolmente dai mezzi di informazione e ha ricevuto una risposta positiva dal pubblico, favorendo l'adozione di riforme legislative che hanno introdotto l'accesso delle telecamere anche nelle aule dei tribunali ordinari, «per accrescere la trasparenza del sistema giudiziario e la comprensione di ciò che accade nei tribunali»³¹. In Inghilterra, ad esempio, recenti riforme hanno consentito la registrazione e la trasmissione della lettura del dispositivo delle sentenze della *Crown Court* riunita in udienza pubblica (seppure nel rispetto di alcune precauzioni)³².

L'esigenza di apertura al pubblico attraverso le riprese audio-video è per le Corti costituzionali motivata anche dalla stessa consapevolezza di apparire spesso al pubblico come istituzioni distanti, e difficilmente accessibili: rispetto ai tribunali ordinari le corti costituzionali e supreme sono, infatti, ubicate nelle capitali, e l'accesso ai loro edifici è limitato. Negli ultimi anni

³⁰ Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts (GeschOBVerfG), § 24, par. 1.

³¹ Si v. Explanatory Memorandum to the Crown Court (Recording and Broadcasting) Order 2020, 2020 no 637, pag. 2.

³² The Crown Court (Recording and Broadcasting) Order 2020.

è cresciuta la visibilità delle Corti soprattutto a seguito di casi che hanno attratto l'attenzione dell'opinione pubblica. Sempre nel Regno Unito, ad esempio, ben oltre 30 milioni di cittadini che hanno assistito alla lettura delle conclusioni della Corte nella seconda sentenza relativa alla Brexit (*Miller II*). Analogamente, in Canada, dove la Corte Suprema aveva già iniziato a trasmettere alcuni *landmark cases* sin dagli anni Novanta, la sentenza sulla secessione del Quebec³³ attirò una tale attenzione del pubblico e dei media da stimolare il cambiamento che condusse la Corte Suprema, a partire dal 2009 a trasmettere in diretta le sue udienze pubbliche e a rendere disponibile un archivio video sul proprio sito web e su quello di un'emittente televisiva di informazione pubblica istituzionale.

Altre corti, fra cui la Corte costituzionale hanno, invece, preferito adottare un approccio più cauto: rispetto al Capo dello Stato che si avvale subito dell'opportunità offerta dalla legge n. 104 del 1975 di trasmettere dei messaggi televisivi sulla RAI, la nostra Corte, per esempio, non ha mai utilizzato questa opportunità e ha cominciato ad utilizzare i video e gli audio solo nel 2000 per finalità interne. Dal 2010 Radio Radicale è stata invece autorizzata a trasmettere i video delle udienze pubbliche sebbene sul sito web la documentazione sia disponibile solo dal 2016.

La Corte Suprema degli Stati Uniti, invece, si distingue, invece, per un'estrema cautela, poiché mentre gli audio sono diventati disponibili per alcuni casi dal 2010 con la presidenza Roberts, gli audio stati trasmessi in diretta solo in tempi recenti, durante la pandemia. Dal momento che il distanziamento sociale richiedeva il rispetto di almeno un metro di distanza tra le persone e i grandi assembramenti erano vietati, nel maggio 2020 alcune testate giornalistiche chiesero alla Corte Suprema di consentire la diretta audio degli *oral hearings* nei casi più rilevanti. Il Presidente della Corte Suprema, JG Roberts respinse inizialmente la richiesta, ma in seguito la Corte Suprema mutò orientamento, consentendo non solo di tenere l'udienza pubblica in teleconferenza (con le parti collegate da remoto) ma anche, per la prima volta, di rendere gli *oral hearings* accessibili in diretta. Si è trattato di una novità «senza precedenti» per la Corte Suprema.³⁴ Tuttavia la novità non è stata riconfermata dalla Corte alla fine della pandemia, quando sono state ripristinate le udienze pubbliche e quando, dall'inizio del term di ottobre 2022-23, al pubblico è stato nuovamente consentito di assistere al dibattito.

³³ *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217.

³⁴ J. WEBGMAN, *Live from D.C., It's the Supreme Court!*, in «The New York Times», 5 maggio 2020, p. 2.

L'esperienza americana è esemplificativa di una diversa prospettiva sui rischi e le potenzialità delle riprese audio video. I giudici della Corte Suprema si sono, infatti, spesso opposti alle telecamere durante l'udienza pubblica. Il presidente Roberts, ad esempio, ha ripetutamente espresso la sua preoccupazione, sostenendo che «cambiare qualcosa in modo così drammatico come trasmettere in televisione l'udienza pubblica... sarebbe dannoso»³⁵ e lo stesso timore è stato espresso in passato da altri giudici della Corte.

Rispetto ai social media per i quali emerge il timore delle corti di aprirsi ad una diretta interazione con il pubblico o di subire la distorsione del proprio messaggio, nel caso delle riprese audio video la principale preoccupazione dei giudici è quella di perdere, per usare le parole del Presidente Rehnquist, quella «*mystique and moral authority*»³⁶ che circonda la loro attività e che alimenta anche la loro distanza dall'opinione pubblica.

Se, infatti, le corti parlano solo attraverso le proprie pronunce e, in particolare, le sentenze le quali esprimono la posizione ufficiale delle corti, il timore è che introdurre altri elementi (quali, nel caso delle riprese video, le espressioni facciali dei giudici, le loro battute anche scherzose³⁷) possa «inquinare il messaggio». Una preoccupazione, sollevata soprattutto negli Stati Uniti, è che i giudici possono essere indotti a fare domande (o ad astenersi dal porle) quando sono sotto gli occhi del pubblico, o che le parti possano essere tentate di apparire in un modo particolare se poste di fronte ad un vasto pubblico. Vi è poi la preoccupazione sulla effettiva idoneità dello strumento a trasmettere dei contenuti, data la complessità dei temi affrontati e delle questioni sollevate dalle parti che le rende difficilmente comprensibili per lo 'spettatore' non esperto.

Mentre, quindi, nel caso dei social media, la principale preoccupazione delle corti deriva dalla potenziale interazione con i cittadini oltre che dall'estrema semplificazione del messaggio, nel caso delle trasmissioni audio video i principali problemi attengono ai rischi di perdita di autorevolezza delle corti (o dei singoli giudici) o alla difficoltà dei contenuti veicolati al pubblico.

³⁵ CHIEF JUSTICE J ROBERTS, *Remarks at the Federal Judicial Conference of the Fourth Circuit*, 29 giugno 2018.

³⁶ M. COHN, *Commentary, Presidential Election Law: High Court Hides from Camera's Glare*, 5 dicembre 2000, <http://jurist.law.pitt.edu/election/electioncohn.htm>, il quale ricorda anche le parole del giudice L.F. Powell che ha sottolineato come «the Supreme Court is unique, and one way to keep it special its to maintain its isolation that has existed over the years' and distinguished it from ordinary courts whose trial may be televised».

³⁷ La giudice R.B. GINSBURG per esempio elencò battute di spirito sentite durante le udienze, osservando «You may better understand why the Court does not plan to permit televising oral arguments any time soon».

4. *Alcune osservazioni conclusive*

Ad oggi non sono stati ancora condotti studi per stimare il potenziale beneficio che le corti potrebbero trarre dall'utilizzo dei social media e dalla trasmissione audio o video in termini di legittimazione e di efficacia della propria comunicazione. Tuttavia, alcuni indici (come il numero di accessi ai video, il numero di *followers* sui social) sembrano segnalare un crescente grado di apprezzamento da parte del pubblico verso le nuove strategie di comunicazione delle corti e i loro contenuti.³⁸

Alcuni argomenti in passato addotti per giustificare il *self restraint* delle corti nel loro rapporto con media ed opinione pubblica (quali ad esempio, l'intento di preservare una tradizionale aura di distanza e di autorevolezza) oggi hanno perso parte della loro efficacia dal momento che gli stessi dati rivelano come, questi strumenti – se opportunamente utilizzati – possano aiutare le corti a plasmare il proprio messaggio senza dover ricorrere, come in passato, alla mediazione del mondo dell'informazione.

Il loro utilizzo è tuttavia indicativo di una profonda trasformazione della sfera pubblica delle corti e pone nuovi rischi per la legittimazione delle corti. Siamo di fronte ad un'evoluzione che induce a ripensare il principio della *'open justice'* o *'publicity'* teorizzato da Bentham e da lui definito come *«the very soul of Justice»*³⁹. Negli ordinamenti di tradizione giuridica occidentale, la pubblicità delle udienze è giustificata da principi costituzionali quali «l'informazione, il controllo pubblico del sistema legale, i controlli sugli abusi giudiziari, la partecipazione dei cittadini al governo, la fiducia del pubblico nel sistema legale e la terapia comunitaria in risposta a eventi significativi»⁴⁰.

I social media e la trasmissione televisiva hanno concorso ad attribuire a queste esigenze – in generale connaturate all'esercizio della giustizia – una nuova dimensione. Tuttavia, il rapporto che attraverso tali strumenti si realizza tra le Corti e l'opinione pubblica, non va letto in chiave politica ma piuttosto come l'evoluzione di esigenze che sono connaturate alla stessa

³⁸ I dati sono riportati negli annuali Report delle corti disponibili sui siti web. Le Corti costituzionali, inoltre, monitorano costantemente i dati dell'accesso ai siti web ed ai canali sociali, classificando i loro followers per età, sesso, area geografica, ecc.

³⁹ J. BENTHAM, *Organization of Judicial Establishments, compared with That of the National Assembly, with a Commentary on the Same*, in *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV, Simpkin, Marshall and Co, Edinburgh 1843, p. 316.

⁴⁰ C. CARMODY TILLEY, *I Am a Camera: Scrutinizing the Assumption that Cameras in the Courtroom Furnish Public Value by Operating as a Proxy for the Public*, in «Journal of Constitutional Law», vol. 116, 2014, p. 715.

giustizia costituzionale⁴¹.

Inoltre, non può negarsi come questa trasformazione chiami oggi le Corti e i loro singoli componenti ad una nuova responsabilità: nel caso del ricorso agli strumenti sopra richiamati essa deve essere ravvisata non solo nella attenta ricerca di un nuovo equilibrio tra apertura e riservatezza, ma anche nell'accurata selezione dei 'pubblici' e dei contenuti, oltre che nell'impegno dei singoli giudici a non trasmettere un messaggio 'personale', invece che quello dell'istituzione nel suo complesso.

ABSTRACT

The paper addresses the relationship of the constitutional and supreme courts with public opinion, focusing in particular on the use of social media and the dissemination of audio-visual footage of public hearings. It focuses on the potentialities as well as on the challenges and risks raised by those means of communication, arguing the courts' relationship with public opinion should not be assimilated into the relationship between public opinion and the political branches.

KEYWORDS: Public Opinion; Social Media; Public Hearings.

⁴¹ Ho sviluppato più ampiamente queste conclusioni nel capitolo 6 del mio libro, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, cui mi sia consentito nuovamente di rinviare.

Bruno Tassone

*Intelligenza artificiale, soggettività giuridica e personalità elettronica
in prospettiva di comparazione*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Diritto d'autore e soggettività dell'AI – 3. Società di capitali e soggettività dell'AI – 4. Responsabilità civile e soggettività dell'AI – 5. I diversi modelli: l'AI senza protezione, l'AI come oggetto di protezione, l'AI etero-amministrata e l'AI come soggetto di diritto – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

La relazione tenuta durante il XXVII Colloquio Biennale della Associazione Italiana di Diritto Comparato offre l'occasione di tornare sul rapporto fra intelligenza artificiale (di seguito 'AI') e soggettività giuridica¹: il quale si pone su vari piani, secondo quanto ha già consentito di evidenziare una precedente indagine².

In effetti, tale relazione consente intanto di confrontarsi con la disciplina di fenomeni globali che, in quanto legati ad una tumultuosa evoluzione tecnologica, mettono alla prova non solo il sistema del diritto privato, ma – fra gli altri – anche il diritto commerciale, penale e pubblico: sicché – pure in ragione degli interventi riconducibili al sistema euro-unitario – una prospettiva comparatistica tanto sincronica quanto diacronica è realmente necessaria per tentare di comprenderli (e governarli).

Peraltro, di là dal dibattito sviluppatosi in Italia circa l'opportunità di riconoscere o no la soggettività giuridica a talune espressioni dell'AI, non coglierebbe nel segno l'obiezione a tenore della quale il tema si esaurisce in una prospettiva *de iure condendo*³.

¹ Il Colloquio dal titolo «*Public and Private in Contemporary Societies*» si è tenuto a Bari-Taranto il 25-27 maggio 2023.

² Il presente scritto costituisce per certi versi una sintesi e per altri versi uno sviluppo di B. TASSONE, *Riflessioni su intelligenza artificiale e soggettività giuridica*, in «Dir. internet», 2, 2023, p. 213 ss., al quale dunque si rinvia per tutto quanto non viene qui nuovamente ripetuto.

³ Per vari riferimenti fin da ora M. TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale e le sue evoluzioni*,

Invero, nella Risoluzione del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, il Parlamento Europeo ha invitato la stessa Commissione a valutare «l'istituzione di uno *status* giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi»⁴: anche se, per vero, un successivo documento del Comitato Economico e Sociale Europeo e un'ulteriore Risoluzione del Parlamento Europeo sono orientati in senso diverso⁵.

Di poi, uno sguardo più attento dimostra che accanto al dibattito generale vi sono vari contributi che affrontano il tema rispetto ad alcune specifiche aree del sistema, fra le quali quelle inerenti al diritto d'autore, al diritto societario e alla responsabilità civile. E il loro esame permette di mettere in evidenza ulteriori argomenti che possono orientare le scelte dell'interprete e del legislatore, con la precisazione che altre ve ne sarebbero da considerare.

Ad esempio, il diritto dei contratti – rispetto al quale si è pure sviluppata un'estesa elaborazione – è assai interessante per vagliare il grado di autonomia che l'AI può raggiungere⁶. Ma all'interno di esso è

CEDAM, Padova 2022, p. 93 ss. Al riguardo, è appena il caso di notare che nella letteratura di *Common Law* il tema è trattato da più tempo, come emerge ad esempio da L.B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligences*, in «North Carolina Law Review», 70, 1992, p. 1231 ss.

⁴ 2015/2103 (INL), Punto 59, Lettera f).

⁵ Ci si riferisce al parere del Comitato Economico e Sociale Europeo dal titolo «L'intelligenza artificiale – Le ricadute dell'intelligenza artificiale sul mercato unico (digitale), sulla produzione, sul consumo, sull'occupazione e sulla società», approvato all'esito della sessione plenaria del 31 maggio e del 1° giugno 2017, Punto 3.3, 2017/C 288/01, nonché alla Risoluzione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, del 5 ottobre 2020, punto 7, 2020/2014(INL), sui quali si tornerà.

⁶ Mette in evidenza che «il software *agent* decide se e quando concludere il contratto, sceglie la controparte e il contenuto della proposta sulla base dei dati che raccoglie ed elabora» e che «[l]a macchina viene in rilievo [...] come mezzo addirittura capace di generare autonomamente una proposta destinata ad essere ricevuta, elaborata ed accettata da altre macchine», A. AZARA, *Intelligenza artificiale e personalità giuridica*, in *Il diritto dell'era digitale*, a cura di M. Proto, A. Panzarola, R. Giordano, A. Police, S. Preziosi, Giuffrè, Milano 2022, p. 91, cui *adde* – nel medesimo Volume – M. PROTO, *Questioni in tema di intelligenza artificiale e disciplina del contratto* (p. 175 ss.) e F. GRECO, *Gli smart contract nel settore bancario e finanziario* (p. 189 ss.). Inoltre, afferma che «l'algoritmo decide se,

pacifico che l'algoritmo compia attività negoziale imputabile ad altri e, salvo eccezioni, il tema della soggettività è poco esplorato, se non in via strumentale alla trattazione di quello inerente alla capacità di agire o no del 'rappresentante'⁷.

Al riguardo, non è un caso che nel discorrere di AI e *smart contracts* un'autorevole dottrina sostenga che le norme già presenti nel nostro ordinamento appaiono del tutto adeguate e che altra insigne voce abbia parlato di «disumanizzazione del contratto» rilevando che, tuttavia, a monte vi è sempre un consenso umano⁸. Né è un caso che la stessa L. 11 febbraio 2019, n. 12, di conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione, affronti dalla medesima angolazione il tema degli *smart contracts* (che, rimanga detto all'interno di una parentesi, non per forza usano sistemi di AI)⁹.

Una riprova di quanto sopra è d'altronde fornita, almeno indirettamente, dalla prima decisione che a quanto costa si è occupata degli *smart contract* – ossia una lunga pronuncia della International Commercial Court di Singapore del 2019 –, la quale ha affrontato solo il tema della loro validità

quando e come concludere il contratto, e ne decide il contenuto», F. DI GIOVANNI, *Attività contrattuale e intelligenza artificiale*, in «Giur. it.», 2019, p. 1681. Sul tema si vedano anche, fra i molti, C. AMATO, *La 'computerizzazione' del contratto (Smart, data-oriented, computable and self-driving contracts. Una panoramica)*, in «Europa dir. priv.», 2020, p. 1259 ss., C.M. BENEDETTI, *Contratto, algoritmi e diritto civile transnazionale: cinque questioni e due scenari*, in *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità - Atti del 15° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C.*, a cura di P. Perlingieri, S. Giova, I. Prisco, ESI, Napoli 2020, p. 71 ss., S. FIDOTTI, *Nuove forme contrattuali nell'era della Blockchain e del Machine Learning. Profili di responsabilità*, e G. RINALDI, *Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, entrambi in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di G. Alpa, Pacini, Pisa 2020, p. 312 e p. 333 ss., ancora F. DI GIOVANNI, *Sui contratti delle macchine intelligenti*, in *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Giuffrè, Milano 2020, p. 251 ss., e ID., *Intelligenza artificiale e rapporti contrattuali: spunti preliminari per l'indagine*, in *XXVI Lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Giappichelli, Torino 2021, p. 185 ss., nonché TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale*, cit., p. 189 ss. Nella dottrina straniera, A.J. CASEY, A. NIBLETT, *Self-Driving Contracts*, in «Journal of Corporation Law», 43, 2017, p. 1 ss.

⁷ Per tutti AZARA, *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 97-98, il quale spiega che l'operazione è funzionale all'applicazione degli artt. 1387 ss. c.c.

⁸ I riferimenti di cui nel testo sono rispettivamente a G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Mucchi, Modena 2021, p. 64 ss., e a G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in «Riv. dir. civ.», 1998, p. 525 ss.

⁹ Per il comma 2 dell'art. 8 *ter* «un programma per elaboratore che opera su tecnologie basate su registri distribuiti e la cui esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse».

e/o efficacia, chiedendosi come una serie di *doctrines* tradizionali (quali la *breach of contract*, la *breach of trust* e il *mistake*) si vengano a declinare rispetto a tale nuovo strumento¹⁰.

Per giunta, è proprio qui che emerge un terzo piano di indagine accanto a quello generale e a quello settoriale: ossia il piano che si interroga su quali sono i modelli che possono essere usati per confrontarsi con le applicazioni dell'AI di cui si dirà, che non sono esauriti dalla contrapposizione circa il riconoscimento o no della soggettività all'AI, come sempre un approccio comparativo consente di mettere in luce.

Ciò detto, di seguito si prenderanno in considerazione alcuni spunti provenienti dalle aree del diritto d'autore (§ 2), del diritto societario (§ 3) e della responsabilità civile (§ 4) per poi passare in rassegna quanto se ne trae circa i modelli di disciplina applicabili (§ 5), a monte di alcune finali considerazioni sul tema della intelligenza artificiale, della soggettività giuridica e della personalità elettronica in prospettiva di comparazione (§ 6).

2. *Diritto d'autore e soggettività dell'AI*

Uno dei settori in cui l'uso dell'AI pone interrogativi e problemi di sicuro interesse è quello del diritto d'autore, che – non a caso – costituisce l'ambito elettivo dal quale vengono tratti gli esempi di programmi di AI dotati di maggior autonomia all'interno di una fenomenologia assai variegata e alla cui creazione contribuiscono professionalità di vario genere¹¹.

Per rendere subito il concetto, è noto che risale al 3 novembre 2022 il lancio ufficiale di 'ChatGPT'¹²: introdotto sul mercato in una versione

¹⁰ *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd*, [2019] SGHC(I) 03.

¹¹ In effetti, un completo studio della fenomenologia di cui si tratta non potrebbe prescindere da tutte le conoscenze che ruotano attorno alla creazione di *software* dotati delle caratteristiche di cui *infra*, come quelle offerte da «ingegneri elettronici e meccanici, informatici, psicologi, neurologi, scienziati cognitivi, esperti di intelligenza artificiale, logici, matematici, filosofi, giuristi, economisti, designer e artisti», come rammentano R. CINGOLANI, D. ANDRESCIANI, *Robot, macchine intelligenti e sistemi autonomi: analisi della situazione e delle prospettive*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 39.

¹² Come è noto, si tratta di una *chatbox* basata su un sistema di AI con cui qualsiasi utente registrato può interagire come se avesse di fronte un essere umano e – soprattutto – chiedere la redazione di un testo (sia esso la *brochure* di presentazione di una casa vinicola che opera nell'Oltrepò Pavese o un tema sulle campagne napoleoniche), differenziandolo anche in base al destinatario (ad esempio, chiedendo di spiegare il concetto di base ad un minore di sei anni), il quale veniva redatto attingendo a buona parte dello scibile umano, ossia i

ormai superata, ma che già all'epoca (e sembra strano usare questo termine per vicende di circa un anno e mezzo fa) consentiva di raggiungere risultati sorprendenti perché, grazie all'auto-apprendimento del programma, lo stesso migliorava la sua capacità relazionale man mano che dialogava con l'utente e anche solo al «primo tentativo» di scrittura forniva un prodotto «pressoché perfetto», senza che – ecco il punto – i suoi contenuti e la sua forma espressiva fossero in alcun modo prevedibili da parte del programmatore¹³.

Del resto, quando alla stessa AI è stato chiesto di definirsi proprio grazie all'uso di un altro linguaggio auto-regressivo basato sulla tecnica GPT-3, la medesima ha indicato proprio gli elementi di cui si tratta aggiungendo, fra gli altri, la capacità di adattamento, la capacità di risolvere problemi e la capacità di riprodurre comportamenti umani, sempre al di fuori degli *input* originari¹⁴.

Senza qui poterci soffermare sugli spunti provenienti in proposito dal sistema euro-unitario e precisando solo in una battuta che nel presente lavoro si preferisce usare il termine onnicomprensivo AI in luogo di

contenuti della rete *internet* fino all'anno 2021.

¹³ Così circa la qualità dei testi ottenuti C. MORELLI, *La ChatGPT che scriveva come un avvocato*, 16 gennaio 2023, disponibile presso <www.altalex.it>, la quale rileva altresì che la capacità di aggregazione delle conoscenze consentirebbe al programma persino di superare l'esame di avvocato, ma che sul versante della redazione di ricorsi e altri atti giudiziari il risultato della versione beta è ancora carente.

¹⁴ La definizione di cui si tratta – riportata in AA.VV., *Intelligenza artificiale e sicurezza: opportunità, rischi e raccomandazioni*, marzo 2021, 22, reperibile presso <https://iasecurity.clusit.it/> – è la seguente: «[l']intelligenza artificiale (IA) è la capacità delle macchine o dei computer di eseguire compiti che vanno oltre la loro programmazione, come l'apprendimento e la soluzione di problemi. Il termine intelligenza artificiale è stato applicato in molti modi diversi, ma il suo uso più comune si riferisce a programmi per computer che hanno imparato comportamenti di tipo umano attraverso una vasta esperienza. Ciò include elementi come il riconoscimento vocale, il pattern matching, l'analisi delle immagini e molto altro ancora. Affinché una macchina diventi intelligente deve imparare dalle esperienze passate e avere la capacità di ragionare su nuove situazioni. Queste due abilità sono strettamente correlate e sono necessarie l'una all'altra. La macchina deve inoltre dimostrare capacità di adattamento in risposta a circostanze mutevoli. Ciò è particolarmente importante se il suo scopo è quello di interagire con l'uomo o con la società in generale: un robot che non possa cambiare il suo comportamento quando necessario non sarebbe considerato intelligente da nessuna definizione del termine». Per il resto, la dottrina completa tale seminale elenco indicando quali altre caratteristiche dei «robot cognitivi» la capacità di ragionamento, notando che essi sono in grado di modificare la conoscenza di base attraverso la manipolazione logica delle informazioni già disponibili, nonché la capacità di pianificazione, dacché i medesimi possono procedere al calcolo e alla selezione delle attività da compiere: così A. SANTOSUOSSO, M. TOMMASI, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Wolters Kluwer, Milano 2021³, p. 324.

‘agenti *software*’, da un lato, oppure ‘macchine’, ‘robot’ e simili dall’altro lato (con l’aggiunta per cui non si vogliono affatto escludere dal discorso le applicazioni c.d. *embodied*, antropomorfe o no che siano), a venire in rilievo è soprattutto il c.d. *deep learning*¹⁵.

Tale modello, in specie, emula quello della mente umana e tramite esso l’AI impara a svolgere una determinata azione anche se la stessa non era stata programmata tra quelle possibili¹⁶.

Pertanto, non è un caso che esso sia espressamente considerato dall’Allegato I alla nota Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale del 21 aprile 2021¹⁷: secondo proposizioni ora contenute nello stesso testo

¹⁵ In proposito, nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni del 24 aprile 2018 dal titolo «L’intelligenza artificiale per l’Europa», COM(2018) 237 final, vengono ricondotti alla AI «i sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi», altresì specificandosi che essi possono o no essere incorporati in dispositivi *hardware*. In essa si precisa anche che «i sistemi basati sull’IA possono consistere solo in *software* che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, *software* per l’analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l’IA in dispositivi *hardware* (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni o applicazioni dell’Internet delle cose)». Quanto poi alle applicazioni c.d. *embodied*, esse meritano anzi e per certi versi uno specifico interesse (e suscitano i timori maggiori) perché in esse la sfera delle capacità intellettive della AI si unisce a quella delle capacità fisiche delle macchine e, grazie alla sensoristica, queste sviluppano connotati sempre più simili a quelli umani: sul tema CINGOLANI, ANDRESCIANI, *Robot, macchine intelligenti e sistemi autonomi*, cit., p. 25 ss., mentre per l’uso della locuzione «agenti autonomi», SANTOSUOSSO, TOMMASI, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, cit., p. 321.

¹⁶ Così V. VIETRI, *FinTech: la rivoluzione nel mondo della finanza*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 511, cui adde M. BARBONE, *Valorizzazione degli asset di proprietà intellettuale attraverso la rete*, in *Diritto industriale e d’autore nell’era digitale*, a cura di G. Cassano, B. Tassone, Giuffrè, Milano 2022, p. 48 ss.

¹⁷ La stessa – COM/2021/206 final – stabiliva al suo art. 3 che per «sistema di intelligenza artificiale» si intende «un *software* sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell’allegato I», il quale a sua volta indicava a) «approcci di apprendimento automatico, compresi l’apprendimento supervisionato, l’apprendimento non supervisionato e l’apprendimento per rinforzo, con utilizzo di un’ampia gamma di metodi, tra cui l’apprendimento profondo (*deep learning*)», b) «approcci basati sulla logica e approcci basati sulla conoscenza, compresi la rappresentazione della conoscenza, la programmazione induttiva (logica), le basi di conoscenze, i motori inferenziali e deduttivi, il ragionamento (simbolico) e i sistemi esperti» e c) «approcci statistici, stima bayesiana, metodi di ricerca e ottimizzazione». Per una panoramica sui documenti ufficiali che a livello unionale prendono in considerazione la AI, F. RODI, *Gli interventi dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 189 ss.

della proposta di Regolamento (e non in un allegato) nella versione del 3 marzo 2024 redatta a seguito degli interventi del Parlamento Europeo e del Consiglio e approvata formalmente 12 marzo 2024, la quale dimostra che lo snodo centrale è sempre quello della autonomia e dei suoi vari gradi¹⁸.

Ebbene, tornando dopo tali telegrafiche premesse ad altre applicazioni che interessano il diritto d'autore – tutte all'insegna dell'AI c.d. generativa –, è noto che nel 2018 Christie's ha messo in vendita uno degli undici ritratti rientranti nell'opera 'Edmond de Belamy', non distinguibile da un quadro realizzato da un essere umano e di valore stimato fra 7.000 e 10.000 dollari americani, ma poi venduto per 400.000 dollari: il quale è stato realizzato da un algoritmo programmato dal 'collettivo' Obvius dopo aver elaborato oltre 15.000 immagini realizzate tra il XIV e il XX Secolo¹⁹.

Passando al settore della musica si può menzionare l'opera di Nao Tokui 'Composing Melodies Inspired by Musical Scores' realizzata da Qosmo – uno dei più creativi gruppi di sperimentazione artistica audiovisuale – in collaborazione con Yamaha, la quale consente la creazione di spartiti effettivamente suonabili²⁰. Similmente, la startup 'Jukedek' (nel 2019 acquisita da Tik Tok, dopo di che poco si sa di essa) ha sviluppato una rete neurale in grado di creare musica usando l'AI e persino di interpretare i video e impostarne da sola la colonna sonora²¹.

¹⁸ Senza qui poterci soffermare su tale atto normativo di prossima adozione e su quanto emerge anche dai Considerando 12, 110 e 111 della versione di cui nel testo disponibile presso <www.europarl.europa.eu>, secondo l'art. 3 un sistema di IA è «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

¹⁹ Si veda l'articolo di V. POLI, *Christie's mette all'asta Ritratto di Edmond Belamy, opera dipinta da un'Intelligenza Artificiale*, 30 agosto 2018, disponibile presso <www.artribune.com>. Dà notizia del prezzo vendita M. CAPPARELLI, *Le nuove frontiere del diritto d'autore alla prova dell'intelligenza artificiale*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, cit., p. 336 ss. Altra peculiarità è quella per cui l'AI ha anche creato un albero genealogico della immaginaria famiglia 'Belamy' che sul piano verticale collega il quadro di ogni personaggio ad un diverso periodo della storia dell'arte e, sul piano orizzontale, ad una diramazione della famiglia che rappresenta «un futuro possibile» della medesima elaborata sempre dall'algoritmo. Per una più dettagliata descrizione si leggano gli stessi soggetti che compongono il citato collettivo e che si firmano con il relativo pseudonimo, cioè OBVIUS, *La famiglia Belamy e i sogni di Ukiyo*, in *Arte e intelligenza artificiale: Me My GUN*, a cura di A. Barale, Jaca Book, Milano 2020, p. 167 ss.

²⁰ V. MINAZZI, *Gan e musica, on the road*, in *Arte e intelligenza artificiale*, a cura di Barale, cit., p. 195 ss.

²¹ Si veda l'articolo *TikTok Acquisisce Jukedek: Crea Musica con l'Intelligenza Artificiale*, 31 luglio 2019, disponibile presso <www.musicpromoter.it>.

Sempre in tale contesto una dottrina di casa nostra segnala le applicazioni che, dopo aver processato tutti i brani di Chopin, ne vengono a creare uno caratterizzato dalla medesima tecnica compositiva e che, facendo la stessa cosa con il repertorio dei Beatles, sono in grado di proporre una nuova canzone con musica e testo²²: il che ci porta peraltro a notare che in tali casi il diritto morale potrebbe assumere una nuova veste, venendo inteso come garanzia per i consumatori piuttosto che come forma di tutela per l'AI, dovendo i primi essere avvertiti dell'origine dell'opera dell'ingegno.

Quanto al cinema, la rete neurale 'Benjamin' ha scritto la sceneggiatura di un cortometraggio chiamato 'Sunspring' presentato al festival di fantascienza di Londra nel 2016, il cui 'nome' è stato peraltro indicato accanto agli altri autori del film²³.

Infine, vale la pena di notare che durante l'IDIA Fest tenutosi a Roma in data 18 novembre 2023 in tema di AI i vari contributori invitati a occuparsi di profili determinati hanno proceduto a interventi liberi tutti registrati da un programma di AI con il compito di redigere un documento congiunto che non costituiva la mera trascrizione, bensì una incisiva rielaborazione, del *brainstorming* collettivo (con evidenti ricadute sul modo in cui, in futuro, verranno stesi gli atti dei convegni).

Ciò detto, è recente la notizia per cui negli Stati Uniti sono state spiegate azioni individuali e di classe di artisti che si sentono lesi per il fatto che algoritmi come quelli usati dai *software* Midjourney, Dall-E, Unstable Diffusion e altri – accessibili gratuitamente o con piani di abbonamento con funzionalità avanzate – consentono agli utenti di far realizzare immagini complesse digitando semplici frasi²⁴: ciò grazie al fatto che gli stessi algoritmi vengono 'addestrati' usando (letteralmente milioni di) immagini, molte delle quali protette dal diritto d'autore, sicché alcuni primari siti che gestiscono portafogli artistici come Deviantart o Artstation hanno iniziato a offrire agli iscritti la possibilità di segnalare le proprie opere come non utilizzabili ai fini indicati²⁵.

²² Ne riferisce M. FRANZONI, *Lesione dei diritti della persona, tutela della privacy e intelligenza artificiale*, in *XXVI Lezioni*, a cura di Ruffolo, cit., pp. 349-351.

²³ Si veda l'articolo di M. TESTA, *Sunspring, il primo film di fantascienza scritto da una AI*, 13 giugno 2016, disponibile presso <www.datamanager.it>.

²⁴ Assai di recente sul tema C. GEIGER, V. IAlA, *The forgotten creator: Towards a statutory remuneration right for machine learning of generative AI*, in «Computer Law & Security Review», 52, 2024, n. 105925.

²⁵ Così l'articolo a firma di 'Officina Meningi' dal titolo *La battaglia degli artisti contro Midjourney e l'intelligenza artificiale*, 22 dicembre 2022, reperibile presso <www.lospaziobianco.it>.

In sostanza, alle società che offrono il servizio si contesta il *download* massivo delle immagini presenti su *internet* – se del caso grazie alla loro estrazione automatica con tecniche di *scraping* – affinché esse siano impiegate per permettere all'AI di imparare a creare 'nuove' immagini senza che vi sia alcun consenso degli aventi diritto.

In specie, un esame del fascicolo del procedimento in essere di fronte alla United States District Court del Northern District of California fa emergere che «the Complaint contains at least three distinct theories of direct infringement [...]: (1) direct infringement by distributing Stable Diffusion, which contains compressed copies of the training images; (2) direct infringement by creating and distributing their DreamUp, which is itself an infringing derivative work; and (3) generating and distributing output images which are infringing derivative works»²⁶.

Inoltre, è del 27 dicembre 2023 la notizia che il New York Times ha avviato un'azione contro OpenAI e Microsoft per aver usato senza consenso milioni di suoi articoli per addestrare le rispettive chatbot, fra cui ChatGPT e Copilot: sul presupposto che le stesse sarebbero potenziali suoi *competitor* che per rispondere alle domande degli utenti impiegano materiali protetti dal diritto d'autore e che sviliscono il marchio quando riferiscono false informazioni attribuendole al *Times* quale fonte²⁷.

Dunque, fra le tante altre cose, sarà interessante capire se si configura la violazione di un diritto già esistente – come, ad esempio, quello di rielaborazione – ovvero un'altra forma di sfruttamento non ancora contemplata espressamente dalla legge²⁸.

Ciò premesso, è intanto chiaro che le opere create dall'AI possono essere agevolmente riconducibili nel novero di quelle proteggibili da parte del diritto d'autore in considerazione del fatto che il gradiente di creatività

²⁶ Premesso che tratta del procedimento n. 3:23-cv-00201-WHO, pendente di fronte alla San Francisco Division, il contenuto essenziale della domanda di cui nel testo è ad esempio riassunto nella Opposition to Defendants Motion to Dismiss depositata quale documento n. 65 in data 2 giugno 2023, reperibile presso <www.courtlistener.com>.

²⁷ Ne dà ad esempio notizia l'ANSA con un comunicato dal titolo 'New York Times fa causa a OpenAI e Microsoft sull'uso del copyright' pubblicato nella data di cui nel testo.

²⁸ Peraltro, sulla linea fatta propria (per quanto se ne sa al momento) dagli artisti si colloca la riflessione di una recente voce nostrana, la quale ha fatto notare come tali condotte possono comportare appunto l'elaborazione dell'opera (artt. 4 e 18 l.d.a.), la riproduzione della stessa (art. 13 l.d.a.), la sua traduzione e/o trascrizione in un linguaggio binario (art. 14 l.d.a.), la riproduzione della medesima anche se soltanto temporanea (art. 64-bis, lett. b), l.d.a.), il tutto in violazione, quando tali diritti non sono autorizzati, anche dei relativi diritti connessi (artt. 72 e ss. e 80 e ss. l.d.a.): così BARBONE, *Valorizzazione degli asset proprietà intellettuale*, cit., pp. 66-67.

richiesto dal diritto italiano è assai basso²⁹.

Inoltre, secondo una tesi è opera dell'ingegno anche quella che è frutto di una creatività 'semplice', che non solo – cioè – porta ad esprimere idee semplici, ma che è la mera risultante di una scelta discrezionale fra le varie alternative possibili: il che pare più in linea con le applicazioni giurisprudenziali che, ad esempio, ritengono proteggibili le traduzioni, le trascrizioni delle lezioni universitarie o le stesse banche di dati e che, per quanto qui interessa, potrebbe agevolmente portare a concedere protezione al risultato cui conduce la AI riguardato, per così dire, oggettivamente.

Del resto, uno sguardo ai Paesi di *Common Law* o a sistemi misti fa rilevare che in alcuni di essi si ammette che un'opera dell'ingegno possa essere creata da un computer, sulla scorta della Section 178 dello UK Copyright Designs and Patents Act del 1988, alla base delle normative di settore di vari ordinamenti³⁰: il quale poi precisa (attraverso una formula di non agevole interpretazione) che i diritti sull'opera vengono comunque attribuiti all'uomo³¹.

Secondo altra tesi, invece, il carattere creativo va inteso come un particolare modo di espressione dell'autore, sicché l'opera deve essere ottenuta con un lavoro intellettuale dell'autore stesso che porta all'estrinsecazione della sua individualità e a imprimere in essa la sua impronta personale, cioè l'espressione del suo personale modo di sentire o interpretare la vita.

E per tale via vengono in rilievo profili per così dire soggettivi, che cioè

²⁹ Per una recente rassegna sulle tesi enunciate in materia e varie riflessioni sui confini della tutela autorale, CASSANO, TASSONE, *La disciplina del plagio evolutivo tra effettività della tutela del diritto di autore ed evoluzioni in tema di diritto morale: il caso del pupazzo o personaggio di fantasia*, in «Riv. dir. ind.», 2021, p. 214 ss.

³⁰ La norma così dispone: «'computer-generated', in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work». Similmente, secondo la Section 2(1) dell'Irish Copyright and Related Rights Act del 2000 «'computer-generated', in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances where the author of the work is not an individual». Ancora, per la Section 2 dell'Indian Copyright Act del 1957 (per come novellata nel 1994) «(d) 'author' means [...] (vi) in relation to any literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the person who causes the work to be created». Sulla soluzione adottata nel Regno Unito e sulle normative di settore neozelandese, sudafricana e di Hong Kong, R.C. DENICOLA, *Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works*, in «Rutgers University Law Review», 69, 2016, p. 251 ss., il quale si sofferma anche sulle normative di settore neozelandese, sudafricana e di Hong Kong.

³¹ Secondo la Section 9.3 «[i]n the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken».

attengono non tanto alle caratteristiche dell'opera di per sé considerata – aspetto in definitiva non critico –, quanto al problema inerente al se l'autore debba essere o no, necessariamente, una persona fisica³².

Di fronte ad un tale scenario, una volta distinta la fattispecie della AI usata come strumento (analogamente alla macchina fotografica) e quella della AI che crea (stando per così dire 'in regia'), l'opzione è in linea di principio netta: attribuire a chi sia titolare dei diritti di sfruttamento dell'AI stessa i diritti sull'opera dell'ingegno oppure attribuirli alla medesima AI.

In favore della prima alternativa militano una serie di argomenti inerenti alla tradizionale interpretazione delle fonti che regolano la materia³³.

Al riguardo, si fa in primo luogo notare che la creatività non è solo definita tramite uno standard come detto assai basso, ma che almeno fino ad oggi essa è stata riferita dalla giurisprudenza alla «personale e individuale espressione», al «patrimonio intellettuale» e/o alla «soggettività» di un autore persona fisica³⁴; senza contare che sebbene la legge n. 633/1941 (di seguito 'l.d.a.') non definisca espressamente e in tal senso la nozione di autore, il dato si ricava da una serie di altri indici³⁵.

D'altronde la stessa ricostruzione del diritto d'autore come diritto duale – in contrapposizione al modello continentale tedesco – e la riconduzione

³² In effetti, è ritenuto di soluzione assai più semplice il problema inerente alla possibilità di considerare il lavoro di una AI 'creativo' nel senso indicato e molti ritengono tutelabile l'opera generata da una macchina laddove il sistema di AI sia in grado di operare scelte espressive autonome, non predeterminate né predeterminabili dall'intervento dell'uomo: per tutti, S. GUIZZARDI, *La protezione dell'autore dell'opera dell'ingegno creata dall'intelligenza artificiale*, in «AIDA», 2018, p. 42 ss. e, più di recente, CAPPARELLI, *Le nuove frontiere del diritto d'autore*, cit., 335 ss., seppur rimanendo scettica sulla possibilità di riconoscere i relativi diritti in capo all'AI.

³³ Fra i tanti IAIA, *To Be, or Not to Be ... Original Under Copyright Law, That Is (One of) the Main Questions Concerning AI-Produced Works*, in «GRUR International», 71, 9, 2022, p. 793 ss.

³⁴ BARBONE, *Valorizzazione degli asset proprietà intellettuale*, cit., p. 57 ss. Nel senso che la creatività tutelabile dal diritto d'autore può essere solo quella proveniente dall'uomo, ancorché inconsapevolmente, V.M. DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, t. 1, *Le opere figurative, le opere audiovisive, le opere utilitarie*, Giuffrè, Milano 2004, p. 74, secondo il quale «[l]a qualità di autore, nel senso dell'acquisto originario del diritto, spetta sicuramente a qualsiasi persona fisica, anche minore, inabilitato, interdetto o anche inconsapevole, che crei un'opera dell'ingegno».

³⁵ BARBONE, *Valorizzazione degli asset proprietà intellettuale*, cit., p. 58 ss., ove si rammenta che l'art. 8 l.d.a. considera autore dell'opera chi è in essa indicato come tale, che l'art. 25 l.d.a., nel definire la durata dei diritti, fa riferimento alla vita dell'autore e al termine di settanta anni dopo la sua morte e che l'art. 115 l.d.a. contempla espressamente la trasmissione dei diritti agli eredi dell'autore dopo la morte di quest'ultimo.

dei diritti morali a quelli della personalità di rilevanza costituzionale dovrebbero supportare tale interpretazione³⁶: senza contare che di recente, proprio valorizzando i profili indicati, la Cassazione ha sancito il diritto di ogni autore di vedersi sempre riconosciuta la paternità dell'opera, superando l'orientamento che escludeva una violazione di tale diritto ove l'utilizzatore legittimo (cioè il titolare dei diritti patrimoniali) non avesse attribuito a sé o ad altri la paternità dell'opera stessa, ma avesse solo omesso il nome dell'autore, imponendogli un «anonimato forzoso»³⁷.

Inoltre, pure la disciplina euro-unitaria – alla luce della quale dev'essere interpretata, come è noto, quella nazionale – è sempre più orientata a rafforzare la tutela morale degli autori, come emerge all'art. 17, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁸; mentre in varie occasioni la Corte di Giustizia UE ha stabilito che «perché un oggetto possa essere considerato originale, è necessario e sufficiente che rifletta la personalità del suo autore, manifestando le scelte libere e creative di quest'ultimo»³⁹.

Di poi, ancorché il diritto industriale rimanga fuori dal tracciato del presente lavoro, sulla linea indicata si collocano altresì le decisioni dell'EPO (*European Patent Office*), che hanno rifiutato le domande di brevetto

³⁶ Sulle teorie dualistiche e sulla teoria unitaria nella dottrina italiana, di nuovo DE SANCTIS, *La protezione delle opere dell'ingegno*, cit., p. 75 ss. Per alcuni cenni alla storia del diritto d'autore che spiegano le differenze ricostruttive che hanno portato al modello dualista e monista in Europa, nonché a quello 'patrimoniale' ancora vigente nei sistemi di *Common Law*, TASSONE, BARBONE, *Diritti sul cibo e tutela dei piatti creativi. Una prospettiva comparata*, in *Cibo e diritto – Una prospettiva comparata. Atti del Colloquio Biennale della Associazione Italiana di Diritto Comparato sul tema, Parma, 23-25 maggio 2019*, vol. II, a cura di L. Scaffardi, V. Zeno-Zencovich, RomaTre-Press, Roma 2020, p. 587 ss.

³⁷ Cass. 5 luglio 2019, n. 18220, in «Foro it.», I, 2019, c. 3957.

³⁸ Così delineati gli argomenti che dovrebbero legare a doppio filo la nascita di un'opera dell'ingegno ad un atto creativo umano, è da notare che con riferimento al suo movente giustificativo molto si è discusso in passato sul se esso dovesse essere il frutto di un ragionato sforzo psichico o di un lavoro mediato teso ad un risultato nuovo ovvero sul se bastasse l'atto istintivo carente di volontà proprio in ragione della distinzione che in letteratura, già alla fine degli anni sessanta del secolo scorso, veniva delineata per distinguere tra risultati creativi dell'uomo e risultati tecnici di cervelli elettronici: sicché già allora la dottrina si era divisa tra chi aveva ritenuto che la tutelabilità potesse essere estesa o no a quelle opere realizzate da un elaboratore elettronico, purché dietro l'azione della macchina vi fosse sempre l'azione dell'uomo, come emerge da R.S. SAVELSON, *La musica elettronica e il diritto di autore nel pensiero di alcuni giuristi. - Musica elettronica e legge sul diritto di autore*, in *Il diritto d'autore*, 1966, p. 18 ss.

³⁹ Corte Giust. UE, 12 settembre 2019, causa C-683/17, in nonché Corte Giust. UE, 16 luglio 2009, causa C-5/08, entrambe in <www.curia.europa.eu>.

europeo in cui un sistema di AI è stato designato come inventore⁴⁰.

Infine, sempre a sostegno di una risposta negativa al quesito si colloca un caso molto discusso dalla comunità scientifica nazionale e internazionale relativo allo scatto fotografico posto in essere dal macaco *Naruto*, il quale ha portato una corte nordamericana a chiarire che il *copyright* presuppone che «to qualify as a work of ‘authorship’ a work must be created by a human being» e che «[t]he [U.S. Copyright] Office will not register works produced by nature, animals, or plants»⁴¹.

A fronte di tali argomentazioni, tuttavia, ve ne sono altre che vanno in una direzione opposta, a partire da una considerazione di sistema.

A sostegno della tesi che nega la possibilità di attribuire agli algoritmi i diritti previsti dalla legge sul diritto d'autore vi sono, apparentemente, gli artt. 11 e 29 l.d.a., dai quali si desume che a talune persone giuridiche spetta «il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese», quindi entro confini e in casi limitatissimi⁴².

⁴⁰ Ci si riferisce alle domande EP 18 275 163 ed EP 18 275 174, le quali sono state respinte dall'EPO a seguito di un procedimento orale con il richiedente nel novembre 2019, in quanto non si è ritenuto che esse soddisfacessero i requisiti stabiliti dalla Convenzione sul brevetto europeo (EPC) per cui l'inventore designato nella domanda deve essere un essere umano e non una macchina, di cui riferisce M. CAPPARELLI, *Le invenzioni della Intelligenza Artificiale: questioni aperte di tutela autoriale e brevettabilità*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, cit., p. 345 ss. Sul rapporto fra AI e diritto industriale si vedano anche F. BANTERLE, *Ownership and Inventions Created by Artificial Intelligence*, in «AIDA», 2018, p. 68 ss., nonché G. SANSEVERINO, *The Ability to Chase Down Our Dreams. Inventive Steps and Artificial Intelligence*, 12 dicembre 2018, disponibile presso <www.ssrn.com>, e Id., *Ex Machina. La novità e l'originalità dell'invenzione “prodotta” dall'IA*, in «AIDA», 2018, p. 3 ss.

⁴¹ *Naruto v Slater (Monkey Selfie)*, no. 16.15469 (9th Circ. 2018), deciso dalla United States District Court Northern District of California. Nel caso di specie, è stato rilevato come il fatto che la macchina fotografica fosse stata impostata dal fotografo per la combinazione delle scelte tecniche necessarie per procedere allo scatto, attribuirebbe a questi la paternità, sicché l'opera da essa risultante non sarebbe potuta essere di colui che materialmente ha proceduto allo scatto stesso, al di là del fatto che nel caso di specie si è trattato di un animale la cui appartenenza al genere di riferimento esclude *ab origine* la possibilità che egli sia riconosciuto autore dell'opera. Senza qui affrontare il tema della distinzione fra le varie categorie di opere fotografiche a seconda del loro livello di creatività, il medesimo principio del caso *Naruto* lo si trova espresso nel risalente caso *Burrow-Giles Lithographic Co. v Sarony*, 111 U.S. 53 (1884). Sul tema, nella dottrina italiana, G. ROSSI, *L'intelligenza artificiale e la definizione di “opera dell'ingegno”*, in «AIDA», 2018, p. 268 ss.

⁴² Mentre l'art. 29 regola con apposite norme la durata dei diritti patrimoniali, secondo l'art. 11 «[a]lle amministrazioni dello Stato, alle Province ed ai Comuni, spetta il diritto di autore sulle opere create e pubblicate sotto il loro nome ed a loro conto e spese. Lo stesso diritto spetta agli enti privati che non perseguano scopi di lucro, salvo diverso accordo con gli autori delle opere pubblicate, nonché alle accademie e agli altri enti pubblici culturali sulla raccolta dei loro atti e sulle loro pubblicazioni».

Emerge dunque che un tratto caratterizzante l'ordinamento italiano e quelli continentali più in generale risiede nel fatto che solo l'autore può essere titolare dei diritti morali, mentre per quelli patrimoniali l'acquisto in capo alla persona giuridica è – tendenzialmente – solo derivativo⁴³.

Di contro, i sistemi di *Common Law* non prevedono in linea di principio i diritti morali e attraverso meccanismi di pubblicità costitutiva sostanzialmente estranei alla nostra tradizione giuridica – piuttosto tributari della vicinanza del *Copyright Law* al *Patent Law* – configurano come naturale la nascita dei diritti patrimoniali direttamente in capo alla persona giuridica committente⁴⁴.

Pertanto, è assai chiaro che quando la legge italiana sul diritto d'autore pone l'accento sul fatto che l'autore è solo la persona fisica, la stessa vuole delimitare l'efficacia della fattispecie acquisitiva rispetto alla persona giuridica, non anche rispetto all'AI.

In altri termini, se per il diritto privato generale l'equiparazione persona fisica / persona giuridica – nel tempo estesa ad altri enti non muniti della personalità giuridica e indicati come meri soggetti di diritto – è piena con il limite della compatibilità, un analogo discorso non vale per la normativa di settore di cui si tratta: gli enti sono giuridicamente incapaci rispetto ai diritti morali e possono acquisire quelli patrimoniali, salvo eccezioni, solo a titolo derivativo.

È allora evidente che l'assimilabilità dell'AI munita di certe caratteristiche alla persona fisica bypassa in radice le suddette obiezioni: non potendosi far dire alla legge italiana sul diritto d'autore quanto essa *non* dice, ossia che la indicazione della persona fisica come autore vale *ad excludendum* anche rispetto alla stessa AI.

Del resto, nella direzione indicata va la riflessione in corso sul concetto di creatività, nel senso che pare ormai obsoleta l'immagine romantica dell'autore che compone l'opera in solitudine che ha ispirato suddetta concezione, la quale mette in ombra i reali processi che oggi stanno alla

⁴³ Ancora assai attuali le considerazioni di DE SANCTIS, *I soggetti del diritto d'autore*, cit., *passim*, per il quale, d'altronde, il diritto d'autore rientrava a pieno titolo all'interno del diritto civile. Nel senso che le norme di cui nel testo sono ora intese nel senso che il diritto di paternità rimane in capo all'autore, mentre i diritti di sfruttamento economico sono acquistati a titolo derivativo, essendo stata superata la tesi che riteneva un tale acquisto a titolo originario e dibatteva sulle sorti del diritto morale: per tutti L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, CEDAM, Padova, 2019, p. 1509 ss.

⁴⁴ Sui temi di cui nel testo, U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore - Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Carocci, Bari 2010, p. 45 ss. e *passim*.

base della produzione delle opere dell'ingegno e della cultura in generale⁴⁵: mentre altri studiosi hanno registrato l'ampliamento dell'ambito oggettivo della protezione e l'estensione di essa a nuovi soggetti che caratterizzano l'evoluzione del diritto d'autore in connessione con il mutamento delle forme di espressione, di diffusione e di fruizione delle opere dell'ingegno⁴⁶.

Infine, in parziale contrasto con la tesi che nega il riconoscimento sembra collocarsi una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione per la quale, sebbene in *obiter*, l'utilizzo di un *software* «per generare l'immagine [...] è pur sempre compatibile con l'elaborazione di un'opera dell'ingegno con un tasso di creatività che andrebbe solo scrutinato con maggior rigore»⁴⁷.

Ovviamente, anche nella prospettiva che mostra una maggiore apertura rimane fermo il cennato limite della compatibilità, nel senso che vi saranno

⁴⁵ Sul punto AJANI, *Contemporary Artificial Art and the Law: Searching for an Author*, collana «Art and Law», 3.4, Brill Academic Pub, Leiden 2020, p. 44, che cita M. ROSE, *Authors and Owners. The Invention of Copyright*, Harvard University Press, Cambridge 1993, p. 3 ss. (secondo la quale la quale «the figure of the romantic author sits monolithically at the core of copyright law, obscuring important realities about the collective nature of creativity and misrepresenting the actual processes of cultural production»), nonché A. BRIDY, *Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author*, in «Stanford Technology Law Review», 5, 2012, p. 5 ss. e C. CRAIG, I. KERR, *The Death of AI Author*, in *Osgoode Legal Studies Research Paper*, 17 maggio 2019. Proprio sulla scorta delle riflessioni di cui nel testo AJANI, *Contemporary Artificial Art and the Law*, cit., p. 45, afferma che «a reflection on authorship in AI-generated artworks is particularly valuable not only for its capacity to propose new solutions to fill some gaps in the law, but also because it brings scholars and practitioners with different expertise (like software engineers, philosophers, lawyers, curators) to review their positions on the identification of art making as a practice that is less and less made 'by hand of the artist'», concludendo che laddove non si occupa del problema delle opere «generated and selected» dall'AI senza coinvolgimento umano «the current law is not satisfying» (p. 76).

⁴⁶ V. FRANCESCHELLI, *Gli ottant'anni della legge sul diritto d'autore*, in «Riv. dir. ind.», 2021, p. 267 ss.

⁴⁷ Cass. 16 gennaio 2023, n. 1107, in «Dir. internet», 3, 2023, p. 481 ss., con nota di A. LA ROSA, *La tutelabilità dell'opera creata col supporto di sistemi di intelligenza artificiale*, sulla quale anche M. FERRARI, *Intelligenza artificiale e titolarità dei diritti d'autore: il problema del «tasso di creatività»*, in *Foro it.*, 2023, 373 ss., relativa alla controversia originata dal fatto che un architetto aveva convenuto in giudizio la RAI assumendo di essere il creatore di un'opera grafica digitale, in specie un fiore digitale realizzato attraverso immagini cc.dd. 'frattali', utilizzato come scenografia fissa di una edizione di Sanremo, secondo pretesa alla quale l'emittente opponeva che l'immagine non aveva carattere creativo perché la sua originalità risiedeva nella mera autosimilarità, ossia nella ripetizione delle sue forme su scale di grandezza diverse e perché generata da un *software*, che ne aveva elaborato appunto forma, colori e dettagli tramite algoritmi, sicché l'autore si era limitato a scegliere quello da applicare e approvare a posteriori il risultato.

alcune norme – si pensi a quelle che regolano il rapporto con gli eredi – non applicabili. Ma qui la dinamica torna ad essere quella tradizionale, che attribuisce una capacità giuridica piena solo alle persone fisiche.

Peraltro, il discorso svolto per il diritto italiano vale anche per il diritto euro-unitario. In effetti, sembra che quando lo stesso definisce in varie direttive l'autore come persona fisica, ciò accade perlopiù all'interno di quella contrapposizione tra persona fisica-persona giuridica che ha accompagnato la riflessione sulla titolarità dei diritti d'autore, stante la presa di coscienza del maggior peso assunto dalle industrie culturali a scapito dell'individuo e, di nuovo, non *ad excludendum*⁴⁸: né gli ostacoli posti dall'EPO appaiano insuperabili, considerando che la tutela del *software* è affidata primariamente al diritto d'autore, nel contesto del quale il problema deve essere risolto⁴⁹.

Infine, vero è che nell'ordinamento nordamericano è da molto più tempo che si è negata la possibilità di attribuire il *copyright* all'AI, ma proprio gli argomenti usati portano a chiedersi quanto l'evoluzione tecnologica debba farne rivedere gli esiti, dacché – tanto per fare un esempio – una decisione della Corte Suprema spesso citata e che ha ormai più di trent'anni, fa leva sul concetto di assemblaggio ormai superato⁵⁰.

Da ultimo, che le opere create dall'AI – così come una risposta dicotomica agli interrogativi posti – creino non pochi problemi emerge indirettamente dalla voce che propone di introdurre per le stesse un regime analogo a quello delle opere cinematografiche al fine di attribuire al produttore un diritto connesso sulle eventuali creazioni delle macchine

⁴⁸ Per l'esame delle fonti unionali e il rilievo di cui nel testo, C. VENANZONI, *Intelligenze umane e artificiali. Profili giuridici nella circolazione delle opere dell'ingegno e problematiche sull'identità autorale*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 305, la quale però si mostra contraria al riconoscimento dei diritti d'autore in capo alle macchine, diversamente da GUIZZARDI, *La protezione dell'autore dell'opera dell'ingegno*, cit., p. 42. ss.

⁴⁹ Sul tema L. SCHIUMA, *Il software tra brevetto e diritto d'autore*, in «Riv. dir. civ.», 2007, p. 683 ss.

⁵⁰ Notissimo il caso *Feist Publication-Rural Telephone Service Company, Inc.* 499 U.S. 340 (1991), nel quale la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato che «il lavoro intellettuale è fondato sui poteri creativi della mente» (nostra traduzione), così negando che un assemblaggio di dati, effettuato utilizzando un *software*, potesse contenere qualche forma espressiva unica e irripetibile, tanto da acquisire dignità di opera intellettuale ed essere tutelata dalla normativa sul diritto d'autore. Il *Federal Copyright Office* ha allora dichiarato nel suo *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* che avrebbe consentito la registrazione di opere originali solo se queste fossero state create da un essere umano. In dottrina, cfr. J. GINSBURG, *The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law*, in «De Paul Law Review», 52, 2003, p. 1063 ss.

intelligenti con una durata più breve delle opere dell'ingegno classiche⁵¹.

Volendo ora legare il dibattito sviluppatosi in tema di diritto d'autore a quello più generale, proprio dalla considerazione di tale area del diritto viene l'idea per cui il problema dell'attribuzione dei diritti all'AI può essere affrontato considerando vari modelli⁵²: sui quali ci soffermeremo più oltre in una prospettiva più allargata, qui notando che taluni di essi non possono essere estesi oltre l'ambito del *copyright*, come quello – della *no authorship* – che attrae le opere create dalla AI nel regime del pubblico dominio⁵³; quello, evidentemente criticabile, delle opere derivate⁵⁴; o quello che in certi casi attribuisce i diritti, paradossalmente, all'utilizzatore delle opere stesse⁵⁵.

In ultimo, sempre nel contesto appena indicato si è portata a sostegno della tesi incline ad attribuire all'AI la soggettività una possibile analogia fra essa e le società di capitali, il che ci conduce naturalmente a esaminare l'area del diritto societario⁵⁶.

3. Società di capitali e soggettività dell'AI

Con riguardo all'area del diritto societario il 'ragionamento analogico' che la vuole usare per portare argomenti in favore della possibilità di riconoscere all'AI la soggettività giuridica fa notare che, così come le società sono 'enti' privi di corpo e anima, lo stesso vale per la AI, che in taluni casi

⁵¹ E. AREZZO, *Gli investimenti in "attrezzature per produzioni di avanguardia tecnologica" come strumento di ripartenza economica. La tutela dell'IA e dei suoi prodotti tramite diritto d'autore e diritti connessi*, in «AIDA», 2022, p. 333 ss.

⁵² Per un'ampia citazione della letteratura straniera, AJANI, *Contemporary Artificial Art and the Law*, cit., p. 52 ss.

⁵³ Come è noto, il pubblico dominio definisce la condizione di quelle opere che dopo la scadenza dei diritti patrimoniali possono essere liberamente utilizzate, dunque senza obbligo di corrispondere corrispettivi o ottenere un'autorizzazione preventiva, ovviamente rispettando i diritti morali dell'autore.

⁵⁴ Che l'opera creata dall'algoritmo non sia un'opera nata dall'elaborazione ai sensi dell'art. 4 l.d.a. dell'algoritmo stesso considerato come opera dell'ingegno – ma un'opera del tutto 'altra' rispetto ad essa – è cosa talmente evidente da non meritare approfondimento in questa sede.

⁵⁵ Su tale fenomeno G. D'IPPOLITO, *L'esigenza di un nuovo bilanciamento per il diritto d'autore: gli user generated content e l'ipotesi di un'eccezione per le opere creative e trasformative*, in «Cyberspazio e diritto», 2017, p. 513 ss.

⁵⁶ Si veda ancora AJANI, *Contemporary Artificial Art and the Law*, cit., 59 ss.

una proiezione materiale invece ce l'ha⁵⁷: sicché la soggettività le andrebbe riconosciuta ad esempio per procedere all'applicazione del diritto penale⁵⁸.

In definitiva, si rileva nella dottrina nordamericana che «just as a corporation needn't be intelligent for the legal system to recognize it, so a software system needn't be intelligent to achieve legal personhood or its functional equivalent»⁵⁹. E, similmente, anche nella nostra dottrina si afferma che i processi psichici non sono poi così determinanti ai fini indicati⁶⁰.

Tuttavia, è facile replicare che dietro le società o comunque le persone giuridiche in generale vi sono gli esseri umani, sicché i diritti e gli obblighi di cui sono titolari le prime hanno sempre come punto di riferimento i secondi «behind the corporate veil»⁶¹.

Pertanto, più che soffermarsi su tale argomento, pare più proficuo cercare di comprendere quali spunti si possano ritrarre da altri momenti di intersezione fra l'AI e il diritto societario.

Al riguardo, una recente voce si pone una serie di interrogativi inerenti al modo in cui la AI inciderà sulla responsabilità degli amministratori, perché essa potrebbe determinare la violazione del loro obbligo di agire informati o di quello di valutare correttamente l'informazione acquisita proprio in considerazione del mancato utilizzo di un algoritmo che ciò avrebbe consentito⁶²: altresì rilevando che non si tratta di quesiti speculativi

⁵⁷ Evidenzia che rispetto agli enti la AI ha qualcosa in meno, non disponendo di un substrato umano, ma ha qualcosa in più, cioè la fisicità, RUFFOLO, *La personalità elettronica fra "diritti" e "doveri" della macchina*, in *XXVI Lezioni*, a cura di Id., cit., p. 117.

⁵⁸ A mero titolo di esempio, G. HALLEVY, *Unmanned vehicles. Subordination to criminal law under the modern concept of criminal liability*, in «Journal of Law, Information & Society», 21, 2011, p. 211 ss., nonché S. YANISKY-RAVID, *Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3d Era. The Human-Like Authors Are Already Here*, in «Michigan State Law Review», 90, 2017, p. 659 ss.

⁵⁹ S. BAYERN, *The implications of modern business-entity law for the regulation of autonomous systems*, in «Stanford Technology Law Review», 19, 2015, p. 97.

⁶⁰ Secondo G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. FEMIA, ESI, Napoli 2019, p. 51, ai fini del riconoscimento della soggettività degli agenti non umani milita «il paradigma delle organizzazioni formali persone giuridiche», perché «i processi psicologici interiori non sono determinanti», ma rilevano «le interazioni sociali alle quali prendono parte le operazioni dell'algoritmo», il che conduce l'Autore a riconoscere una capacità giuridica, seppure limitata e parziale, e calibrata sul ruolo svolto dagli algoritmi, che va distinta da quella dell'uomo e della persona giuridica.

⁶¹ Ancora AJANI, *Contemporary Artificial Art and the Law*, p. 62.

⁶² L. ENRIQUES, *Responsabilità degli amministratori e ruolo degli algoritmi: brevi annotazioni sul senno di poi 4.0*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, cit., p. 295 ss.

dacché esiste già un *software* utile allo scopo⁶³.

Peraltro, di là dagli altri interrogativi che quello principale solleva – ad esempio, su quale algoritmo vada impiegato se sul mercato ve ne è più d'uno, sul se esso debba essere scelto perché usato dalla generalità degli imprenditori o nel singolo settore in cui opera l'impresa, su chi ne debba certificare l'affidabilità, e via dicendo –, l'indagine in parola porta ad evidenziare che la AI potrà incidere nel tempo anche sul modo di applicare le regole di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale ad una serie di categorie professionali: bastando poco ad immaginare un addebito rivolto all'avvocato o al medico per non aver consultato un *software* agevolmente accessibile che, a seguito di una semplice interrogazione, avrebbe fornito la risposta corretta al quesito posto dal cliente o dal paziente.

Tuttavia, tornando all'area che qui interessa, una sua peculiarità è costituita dal fatto che le stesse tecnologie informatiche rendono disponibili agli amministratori che devono prendere decisioni complesse una quantità di informazioni rilevanti che, senza l'ausilio di un *software*, può essere obiettivamente assai difficile 'processare'.

Forse è proprio per tale ragione che in ordinamenti diversi da quello italiano in cui ciò è consentito alcune società, superando per così dire il termine medio, hanno nominato come componente del consiglio di amministrazione direttamente un algoritmo⁶⁴.

Del resto, altre convergenti ricadute delle nuove tecnologie sul diritto societario sono quelle che portano ad eliminare o comunque ridurre fortemente la posizione 'verticistica' dell'organo amministrativo tramite il passaggio alla *platform governance*⁶⁵: secondo una prospettiva che ha

⁶³ Nel senso che vi è un programma realizzato da CorpTech che, elaborando dati relativi alla esperienza passata e alla giurisprudenza, nonché articolando scenari sulla base di circostanze già note e di fatti futuri ritenuti ragionevolmente prevedibili, supporta gli amministratori nelle decisioni più complesse, ancorché con riserve sui limiti attuali di tali strumenti e, dunque, sull'impatto che ad oggi possono avere, ENRIQUES, *Algoritmo, governance societaria e responsabilità dell'amministratore*, in *XXVI Lezioni*, a cura di Ruffolo, cit., p. 245 ss.

⁶⁴ G. SCARCHILLO, *Corporate Governance e Intelligenza Artificiale*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 881 ss.

⁶⁵ Per tutti, M. FENWICK, G.A. McCAHERY, E.P.M. VERMEULEN, *The End of "Corporate" Governance (Hello "Platform" Governance)*, dicembre 2018, disponibile presso <www.ssrn.com>, i quali rilevano che le nuove tecnologie starebbero realizzando una destrutturazione delle architetture gerarchiche proprie della *corporate governance* tradizionale, la quale ruota attorno alla stessa piattaforma di cui la società si avvale (si pensi ad *Amazon*, *Google* o *Facebook*), mettendo in relazione i vari *stakeholders* (amministratori, direttori generali, dipendenti, investitori, consumatori, creatori di contenuti, fornitori in generale e altri) per favorire lo scambio di informazioni, la collaborazione fra gli stessi e la possibilità di assumere decisioni rilevanti per la stessa vita della società in base ai loro *feedback*.

portato non solo a immaginare ma anche a progettare alcuni anni fa una c.d. *community-driven governance*, ossia un ente che esiste solo in forma binaria grazie agli *smart contracts* che incorporano le regole inerenti al suo funzionamento e che appartengono ad una specifica *blockchain*⁶⁶.

E così, in base a quanto preconizzato, si è avuto di recente un forte sviluppo delle DAO: che, in qualche modo in linea con l'origine della società anonima, funzionano senza un consiglio di amministrazione, sono oggetto di una specifica disciplina in alcuni quadranti – valga per tutto l'esempio del Wyoming – e portano anzi a chiedersi se per tale via non stia nascendo (o non debba di necessità essere previsto con appositi interventi normativi) un ulteriore tipo societario⁶⁷.

Ad ogni modo, poiché non è questa la sede né per misurare in generale il complessivo impatto dell'AI sul diritto societario né, in particolare, la compatibilità dell'uso dell'AI sopra indicato con l'istituto della delega parziale, ci limitiamo a due notazioni più vicine al tema oggetto d'indagine⁶⁸.

La prima, più ovvia, è quella per cui la nomina come amministratore di un algoritmo presuppone che sia sciolto in senso positivo il quesito inerente alla soggettività dello stesso (a prescindere dai limiti specificamente desumibili dalle norme codicistiche in tema di nomina dell'organo gestorio)⁶⁹.

La seconda, meno ovvia, riguarda un interessante momento di intersezione fra le due soggettività, quella dell'AI e quella delle società di capitali.

In proposito, sono note le conseguenze sistematiche che ha prodotto sia sul diritto privato sia sul diritto commerciale la codificazione del 1942, come diviene evidente ponendo mente alla creazione della figura unificante dell'imprenditore rispetto alla disciplina dei singoli atti di impresa⁷⁰. Ed è pure noto che proprio la codificazione ha consentito di disgiungere nel contesto di cui si tratta la nozione di soggettività giuridica da quella di personalità giuridica, riservando la seconda alle società di capitali in relazione ai loro nuovi caratteri organizzativi e, in specie, ad una articolazione inderogabile di competenze, così allentando i legami

⁶⁶ FENWICK, VERMEULEN, T. KONO, T. JOUBERT (a cura di), *Organizing for Innovation – Corporate Governance in the Digital Age*, Springer, Singapore 2022, p. 99 e p. 127 ss.

⁶⁷ Per tutti e da ultimo, M. BŁASZCZYK, *Decentralized Autonomous Organizations and Regulatory Competition: A Race Without a Cause* (2023), disponibile presso <www.ssrn.com>.

⁶⁸ Si occupa di tale specifico tema SCARCHILLO, *Corporate Governance*, cit., p. 500 ss.

⁶⁹ Si sofferma sul tema di cui nel testo D.C. VLADECK, *Machines Without Principals: Liability Rules and Artificial Intelligence*, in «Washington Law Review», 89, 2014, p. 117 ss.

⁷⁰ Sempre per tutti V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, ESI, Napoli 2006, p. 15 ss.

dell'istituto con il contratto⁷¹: tanto è vero che si è molto discusso circa la natura contrattuale o no dello stesso atto costitutivo (e che anche a distanza di tempo dall'entrata in vigore del Codice Civile è stato tentato un ridimensionamento della soggettività della personalità giuridica delle società)⁷².

Diviene dunque evidente che tutte le prospettive di cui si è dato conto vanno – come detto in modo convergente – verso la possibile sostituzione dell'organo amministrativo con gli algoritmi: nel qual caso, dalla soggettività di questi, deriverebbe che – se si permette un'immagine di sintesi – la società diventa molto di più se stessa.

4. Responsabilità civile e soggettività dell'AI

Con riguardo alla responsabilità civile, si è detto che è stata già approvata con emendamenti vari, dal Trilogo, la Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale del 21 aprile 2021 e sia su tale proposta sia sull'argomento in generale – segnatamente sull'applicabilità diretta o analogica delle norme contenute nel Titolo IX del Libro IV del Codice Civile o in alcune leggi speciali, come quelle in tema di responsabilità del produttore – si è già sviluppata un'ampia letteratura⁷³.

⁷¹ Per tutti P. SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in «Riv. dir. comm.», I, 2002, p. 837 ss., nonché A. GAMBINO, *Limitazione di responsabilità, personalità giuridica e gestione societaria*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum per Gian Franco Campobasso*, vol. I, diretto da P. Abbadessa, G.B. Portale, UTET, Torino 2006, p. 48 ss.

⁷² In tal senso G. FERRI, *La società come contratto*, in «Dir. prat. comm.», 1943, p. 6 ss., ripubblicato in ID., *Scritti giuridici*, vol. III, t. 1, ESI, Napoli, 1990, p. 892 ss., mentre prediligeva il suo inquadramento come «atto collettivo» F. MESSINEO, *La struttura della società e il c.d. contratto plurilaterale*, in «Riv. dir. civ.», I, 1942, p. 65 ss., e invece vi rinveniva una vicenda caratterizzata dalla compresenza di un contratto e un «atto complesso» A. DALMARTELLO, *La concezione unitaria della società attraverso i suoi aspetti di contratto, di atto complesso e di persona giuridica*, in «Riv. dir. civ.», I, 1933, p. 256 ss. Per il tentativo di ridimensionamento di cui nel testo, F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in AA.VV., *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Giuffrè, Milano 1969, p. 241 ss., il quale ritiene che la società sia una mera sintesi di una complessa disciplina normativa di rapporti concernenti le persone fisiche che vi partecipano, le quali sarebbero gli unici soggetti di diritto sulla scena effettuale o esistenziale.

⁷³ Sulla proposta di cui nel testo, per tutti, L. DI DONNA, *Intelligenza artificiale e rimedi risarcitori*, CEDAM, Padova 2022 e più di recente M. NATALE, *Il nuovo Regolamento*

Tuttavia, lo scopo del presente scritto non è di soffermarsi né sulla prima né sulle seconde, bensì di verificare quali sono gli aspetti che possono interessare il tema della soggettività dell'AI.

Ebbene, un dato che qui colpisce è di carattere metodologico, perché la risoluzione del problema non viene quasi mai presentata come un *prius* rispetto all'imputazione della responsabilità, ma piuttosto come un *posterius*, nel senso che ci si chiede in un primo momento se sia opportuno procedere in tal senso e solo in un secondo momento si decide se la soggettività vi sia o no, optando spesso per la negativa⁷⁴: dacché è ad oggi rimasta minoritaria la tesi per cui l'attribuzione della soggettività comporterebbe invece una maggior protezione delle vittime⁷⁵.

Per giunta, un tale approccio si riscontra anche nei documenti di cui in apertura volti a rivedere la posizione espressa dal Parlamento Europeo il 16 febbraio 2017 con la Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, che del resto alla responsabilità civile faceva (essa stessa) espresso riferimento⁷⁶.

Europeo AI Act, in «Dir. internet», 2, 2024, p. 201 ss., mentre per uno sguardo di insieme sulle norme di cui sempre nel testo, ancora per tutti, A. AMIDEI, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotto*, RUFFOLO, *La responsabilità da artificial intelligence, algoritmo e smart product: per i fondamenti di un diritto dell'intelligenza artificiale self learning*, nonché ID., *Intelligenza Artificiale ed automotive: le responsabilità dei veicoli self-driving e driverless*, tutti in *Intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, cit., p. 93 ss., p. 125 ss. e p. 153 ss.

⁷⁴ Ad esempio, F. CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 241, rileva «il timore che tale soluzione serva a costruire spazi di esenzione da responsabilità per i produttori e/o gli utilizzatori di sistemi autonomi è tutt'altro che infondato». Del resto, anche fra le non molte voci inclini a riconoscere la soggettività giuridica si trovano espliciti riferimenti al tema della responsabilità. Secondo E. CATERINI, *L'intelligenza artificiale "sostenibile" e il processo di socializzazione del diritto civile*, ESI, Napoli, 2020, p. 100, «il processo di soggettivazione dell'intelligenza artificiale, generato dalla capacità regolativa che è propria dell'autonomia dei privati, tanto nel perseguimento di interessi generali che particolari, unitamente alla connessione di essi con la dignità dell'uomo, avviano senza esitazioni gli autori algoritmici e gli attanti macchinici verso un processo di responsabilizzazione. Non è soltanto una responsabilità civile ma anche sociale che induce ad impedire che l'AI divenga causa di aggravamento delle differenze piuttosto che veicolo di eguaglianza».

⁷⁵ Lo sostiene E. MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili per lo statuto giuridico dei robot*, in *Il soggetto di diritto – Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, a cura di F. Bilotta, F. Raimondi, Jovene, Napoli 2020, p. 295.

⁷⁶ In effetti, nel citato parere sull'intelligenza artificiale del 2017 il Comitato Economico e Sociale Europeo afferma al Punto 3.33 che «il CESE è contrario all'introduzione di una forma di personalità giuridica per i robot o per l'IA (o i sistemi di IA)» perché «[d]al diritto in materia di responsabilità civile deriva una funzione preventiva di correzione del comportamento, la quale potrebbe venir meno una volta che la responsabilità civile non

Infine, adotta un approccio simile la dottrina che lega il problema del riconoscimento della soggettività (o no) e dunque dell'imputazione della responsabilità (o no) alle difficoltà che insorgono rispetto alla creazione di un patrimonio in capo all'AI⁷⁷.

Ciò detto e muovendo dal primo tema, per quanto siano da considerare con attenzione le preoccupazioni inerenti al fatto che l'affermazione della responsabilità della AI – come conseguenza dell'attribuzione della soggettività – può condurre a ridurre la tutela risarcitoria delle vittime e creare un esonero da responsabilità per le persone fisiche o giuridiche potenzialmente coinvolte, si ritiene intanto che i due piani debbano rimanere separati, pur pienamente condividendosi il rilievo che in questa e altre materie deve avere l'interpretazione funzionale⁷⁸.

Ma è chiaro che anche riconoscendo soggettività giuridica all'AI vi saranno casi in cui la responsabilità civile potrà o dovrà ricadere solo sull'autore dell'algoritmo, sul programmatore e/o sull'addestratore, secondo l'efficace formula della 'responsabilità da algoritmo'⁷⁹.

In secondo luogo, si daranno altri casi in cui la consueta responsabilità solidale che ad esempio lega l'autore materiale del danno ai «genitori, tutori,

ricade più sul costruttore perché è trasferita al robot (o al sistema di IA)», senza contare «il rischio di un uso inappropriato e di abuso di uno status giuridico di questo tipo», sicché «si dovrebbe esaminare in che misura la normativa nazionale e dell'UE vigente e la giurisprudenza in materia di responsabilità (per danno da prodotti difettosi e di rischio) e colpa propria sia sufficiente a rispondere a tale questione e, in caso contrario, quali soluzioni si impongano sul piano giuridico». Di poi, nella pure citata Risoluzione del Parlamento Europeo recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale del 2020 si afferma al Punto 7 che «non è necessario conferire personalità giuridica ai sistemi di IA» e che «l'opacità, la connettività e l'autonomia dei sistemi di IA potrebbero rendere, nella pratica, molto difficile o addirittura impossibile ricondurre specifiche azioni dannose dei sistemi di IA a uno specifico input umano o a decisioni adottate in fase di progettazione», ma che «è tuttavia possibile aggirare tale ostacolo considerando responsabili le varie persone nella catena del valore che creano il sistema di IA, ne eseguono la manutenzione o ne controllano i rischi associati».

⁷⁷ Per tutti R. CLARIZIA, *Mercato, persona e intelligenza artificiale: quale futuro?*, in «Jus civile», 2020, p. 689, secondo il quale «fino a quando il robot non sarà titolare di un patrimonio autonomo e potrà quindi rispondere ai sensi degli artt. 2740, 1218 e 2043 cod. civ., non sarà possibile riconoscergli una autonoma soggettività giuridica. Qualunque sia il grado di sofisticazione tecnologica che consentirà al robot di elaborare con la propria intelligenza artificiale la dichiarazione di volontà, di contrattare, di perfezionare e di dare esecuzione al contratto, gli effetti si produrranno in capo al soggetto di diritto (persona fisica o ente) titolare di un patrimonio che risponde delle azioni poste in essere dal suo robot».

⁷⁸ Particolarmente attente le considerazioni di RUFFOLO, *Personalità elettronica*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Id., cit., p. 213 ss.

⁷⁹ Sulla quale RUFFOLO, *La responsabilità da artificial intelligence*, cit., p. 96 ss.

precettori e maestri d'arte» *ex art.* 2048 c.c. e ai «padroni e committenti» *ex art.* 2049 c.c. eviterà che la tutela della vittima venga a ridursi⁸⁰.

E lo stesso vale interpretando l'art. 2050 c.c. – secondo l'opinione dominante – in senso strettamente causalista e valutando se vi sono condotte concorrenti nella produzione del danno rilevanti ai sensi dell'art. 2055 c.c.: mentre la responsabilità da prodotto richiede un discorso più complesso, limitandoci qui solo a notare che se la configurazione dell'AI come 'soggetto' collide idealmente con la sua configurazione come 'prodotto', va pure considerato che essa (ad oggi) nasce solo e soltanto grazie ad un 'atto di produzione'⁸¹.

In terzo luogo, soprattutto ove il danno si verifichi a distanza di tempo, non è detto che il patrimonio dei soggetti sopra indicati offra maggiori garanzie di quello dell'AI, senza contare che – come meglio si vedrà nel paragrafo che segue – si può agevolmente pensare a sistemi di etero-amministrazione o altri che impediscano la dispersione di tale patrimonio.

Del resto, proprio l'analogia con lo schiavo spesso proposta dalla letteratura in materia e il richiamo all'istituto del *peculium* evocano il concetto di un patrimonio non solo separato, ma anche dedicato ad uno scopo, cui ci si potrebbe eventualmente ispirare in via legislativa⁸².

In ultimo, quanto al tema inerente alle difficoltà di 'organizzare' l'autonomia patrimoniale dell'AI e di attribuire alla stessa diritti, si ritiene di nuovo che i due piani debbano rimanere metodologicamente separati, pur se non ci si può nascondere l'esistenza di dette difficoltà⁸³.

⁸⁰ In teoria si dovrebbe aggiungere all'elenco la condotta del conducente di cui risponde il 'proprietario' del veicolo *ex art.* 2054 c.c., ma il tema delle *driverless car* merita una trattazione a sé. Per tutti, sullo stesso e sulla responsabilità da prodotto, RUFFOLO, *La responsabilità da produzione, proprietà e "conduzione" di veicoli autonomi*, nonché AMIDEI, *La responsabilità da intelligenza artificiale fra product liability e sicurezza del prodotto*, entrambi in *XXVI Lezioni*, a cura di Ruffolo, cit., p. 163 ss. e p. 149 ss.

⁸¹ Volendo comunque fare qualche accenno, è chiaro che la responsabilità da prodotto potrebbe continuare a essere applicata senza scossoni alle componenti *hardware*, mentre appare più problematica l'ipotesi di una sua operatività in modo concorrente rispetto a quella che deriva dalle decisioni della macchina ove vi siano 'difetti' nella creazione dell'algoritmo, nella scrittura del *software*, nell'addestramento, nonché nella progettazione e nella produzione dell'AI. Ma – di là da quanto si dirà circa la possibilità se non l'opportunità di predisporre norme speciali – è chiaro che l'AI viene alla luce sempre a seguito di una decisione di natura imprenditoriale.

⁸² Di nuovo RUFFOLO, *Personalità elettronica*, cit., p. 215, che – per ulteriori approfondimenti sull'istituto – richiama il più ampio lavoro di A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1985, *passim*.

⁸³ Sul tema delle difficoltà nella attribuzione dei diritti ancora RUFFOLO, *Personalità elettronica*, cit., p. 218 ss.

Tuttavia, è stato già messo in luce dalla dottrina che la sola capacità di rispondere a molte domande ha permesso a 'Sophia' (un androide dalle sembianze umane progettato e attivato nel 2015 dalla compagnia Hanson Robotics Limited di Hong Kong) di ricevere nel 2017 la cittadinanza saudita⁸⁴. E un'altra voce ha proposto una classificazione di massima delle situazioni giuridiche soggettive riferendole «al paradigma dell'essere, dell'avere e dell'agire» al fine di stabilire di quali possano essere titolari anche i robot⁸⁵.

È dunque giunto il momento di soffermarsi sui modelli con cui si possono affrontare questi e altri complessi problemi che l'AI pone.

5. I diversi modelli: l'AI senza protezione, l'AI come oggetto di protezione, l'AI etero-amministrata e l'AI soggetto di diritto

Da quanto si è detto nel trattare del diritto d'autore emerge che un primo modello con cui rapportarsi all'AI – difficilmente esportabile in altre aree del diritto (salvo quello industriale) – è quello dell'assenza di protezione, peraltro con limitato riferimento alla tutela delle opere dell'ingegno create dall'AI stessa, così come vale per il modello che fa leva sulle regole in tema di opere derivate.

In effetti, se si provasse a ragionare per analogia rispetto alla produzione di 'frutti' diversi dall'opera dell'ingegno, il modello implicherebbe che, ad esempio, i redditi generati da un'AI nello svolgimento di una certa attività e se del caso misurabili in termini di risparmio di costi (si pensi alle attività di logistica e magazzino svolte da un robot per l'azienda che ne è proprietaria o per un terzo affittuario), non dovrebbero spettare né alla stessa né al proprietario o al titolare di diritti reali ovvero personali sulla stessa. Quanto al modello che fa leva sulle regole in tema di opere derivate, è del tutto ovvio che non si possono configurare situazioni assimilabili a quelle che regolano i rapporti fra opera originaria e opera frutto di elaborazione creativa (da parte di un diverso autore).

Tuttavia, per quanto tali considerazioni suonino ovvie, le stesse possono stimolare alcuni ulteriori ragionamenti.

Invero, invece che optare per il citato regime del dominio pubblico (che consegue alla negazione di ogni protezione alle opere dell'ingegno prodotte

⁸⁴ Lo riferisce TAMPIERI, *L'intelligenza artificiale*, cit., pp. 115-116.

⁸⁵ MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili*, cit., p. 296 ss.

dall'AI), si potrebbe rievocare il sistema del dominio pubblico pagante e far sì, ad esempio, che una *collecting society* sia incaricata della riscossione dei proventi per destinarli ad attività di pubblico interesse, detratta una quota di spettanza privata⁸⁶. Inoltre, se è vero che non si riscontrano situazioni analoghe a quelle delle opere derivate, le stesse richiamano la sistematica delle opere a struttura complessa e segnatamente delle opere composte (diverse da quelle collettive perché nelle prime è indistinguibile il contributo dei vari autori) e dunque il regime della comunione, il quale potrebbe pure costituire, almeno sul piano teorico, un modo per disciplinare i rapporti fra l'AI e il suo 'creatore'⁸⁷.

Di poi, un secondo modello è quello dell'AI come oggetto di protezione, se si vuole in analogia con le riflessioni sollecitate dal diritto degli animali sul quale si tornerà in appresso⁸⁸.

La *ratio* alla base del modello è chiara: tutte le ragioni per cui la AI è meritevole di essere tutelata non per forza devono condurre ad attribuirle la soggettività giuridica e possono essere valorizzate altrimenti.

Ebbene, per quanto – secondo una voce – l'AI si collocherebbe comunque a metà strada fra oggetto e soggetto anche nella prospettiva che nega il riconoscimento, le categorie del diritto privato paiono, ad oggi, abbastanza adeguate allo scopo, almeno con riferimento alla disciplina delle situazioni proprietarie tradizionali, rimanendo soltanto alcuni snodi problematici rispetto al diritto d'autore⁸⁹.

⁸⁶ Tale modello, risalente alla L. 25 giugno 1865, n. 1337, prevedeva che in un primo periodo i diritti di sfruttamento di un'opera spettassero solo al titolare degli stessi, mentre in un secondo periodo chiunque poteva usarla corrispondendo (spesso agli eredi) un certo compenso. Per tutti, L. MOSCATI, *Diritti d'autore*, Milano 2020, 185 ss.

⁸⁷ Secondo l'art. 10 l.d.a. «se l'opera è stata creata con il contributo indistinguibile ed inscindibile di più persone, il diritto d'autore appartiene in comune a tutti i coautori».

⁸⁸ Al riguardo, l'unico manuale di diritto privato italiano che a quanto consta dedica uno spazio agli animali precisa che «il punto [...] non è se l'animale goda o meno di soggettività o diritti, che è un dato, in definitiva, ininfluente: è piuttosto quello della sua protezione e dell'effettività di questa», sicché «[i]l discrimine fra il soggetto e l'oggetto della tutela, se si abbandonano preconcetti ideologici e simbolici, è labile e poco pregnante»: così E. DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, Giappichelli, Torino 2020, p. 240.

⁸⁹ Nel senso che la AI «andrebbe oltre l'oggetto, ma non diverrebbe ancora soggetto, se le sue determinazioni restassero controllabili preventivamente e non rimesse all'esercizio di autonome libertà», così distanziandosi dalla stessa «dicotomia soggetto/oggetto», M. COSTANZA, *L'AI: de iure condito e de iure condendo*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, cit., p. 408. Diversamente, nel senso che «almeno allo stato attuale [...] non si può affermare che i robots siano soggetti di diritto, ma sembra più coerente con i principi generali degli ordinamenti della *Western Legal Tradition* sostenere che essi siano oggetti, ovvero proprietà di chi li possiede», P. STANZIONE, *Biodiritto, postumano e diritti*

Invero, a prescindere dalle difficoltà che sorgono in ragione del numero di soggetti che prendono parte alla creazione e all'addestramento dell'AI, assegnare all'originario suo creatore o comunque al titolare dei diritti sull'AI anche quelli su *tutte* le future opere dell'ingegno dalla medesima create vorrebbe dire attribuirgli ingiustificatamente un numero potenzialmente indefinito di diritti con struttura monopolistica senza alcuna relazione fra l'investimento fatto o la creatività espressa e i benefici che ne derivano⁹⁰. Se si passa anche qui un'immagine di sintesi, è come se un maestro potesse essere considerato autore di tutte le opere dei suoi prolifici allievi alla cui scrittura non partecipa, solo perché è tale.

D'altronde, un rapido sguardo ad altri ordinamenti dimostra che la 'personalità giuridica' viene talvolta attribuita ad oggetti inanimati come gli idoli⁹¹; a singole risorse naturali come laghi e fiumi⁹²; o persino alla natura

fondamentali, in «ComparazioneDirittoCivile.it», maggio 2010, p. 12.

⁹⁰ In effetti, anche qui si potranno porre problemi complessi, perché l'AI spesso acquista una capacità oggettivamente creativa con il contributo di più soggetti, sicché occorreranno una serie di accordi tra coloro che forniscono il *software*, coloro che forniscono dati e coloro che creano algoritmi per addestrare l'AI e/o indirizzare la stessa verso un compito particolare. Ma la complessità della architettura contrattuale – in mancanza del quale varranno le regole che disciplinano l'attribuzione dei diritti in tema di *software* – non implica l'inadeguatezza dello strumento già disponibile. Sul tema BARBONE, *Valorizzazione degli asset proprietà intellettuale*, cit., p. 65 ss., il quale propone di applicare per analogia le norme che disciplinano le categorie di opere complesse o a struttura complessa, cioè quelle opere risultanti da contributi di più autori che, a seconda di come questi si atteggiavano, si distinguono nelle categorie di opere composte e opere collettive di cui nel testo. E la conclusione è che in base alle singole fattispecie che vengono in considerazione si potrebbero applicare le norme speciali in materia di comunione, con l'obbligo di rispettare i diritti della personalità dei terzi, nonché patrimoniali, oltre che con l'obbligo di vigilanza sui contributi utilizzati.

⁹¹ Si veda S. SOLAIMAN, *Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy*, in «Artificial Intelligence Law», 25, 2017, p. 155 ss.

⁹² Come emerge dal contributo di cui alla nota che segue, l'Ecuador è stato il primo Stato a introdurre nel 2018 costituzionalmente il diritto della «natura o Pacha Mama, dove si riproduce e si realizza la vita [...] al mantenimento e alla rigenerazione dei suoi cicli vitali, strutture, funzioni e processi evolutivi». Similmente, la Bolivia ha riconosciuto nel 2010 i «diritti della Madre Terra» attribuendo alle risorse naturali un diritto alla rigenerazione, alla vita ed alla diversità. Ancora, nel 2017 il parlamento neozelandese ha deciso di accordare al fiume Whanganui – che il popolo Maori ritiene sacro – e ai suoi affluenti lo status di «persona giuridica», riconoscendo il fiume stesso come ecosistema integrato, composto da tutti gli esseri viventi che lo popolano, dalla sorgente alla foce. E anche in India i fiumi Gange e Yamuna sono stati definiti come «entità viventi con lo statuto di persone morali» dall'alta Corte dello Stato himalayano dell'Uttarakhand. Sempre nel 2017, la Corte Costituzionale della Colombia ha riconosciuto il bacino del fiume Atrato come «soggetto di diritto», imponendo allo Stato di proteggere l'habitat naturale, sciogliere le attività minerarie inquinanti,

di per sé considerata⁹³.

Inoltre, senza addentrarsi troppo in una comparazione anche diacronica, la capacità giuridica, se intesa come ‘qualità’ che si aggiunge alla soggettività per attribuire all’uomo l’idoneità a essere titolare di diritti, era sconosciuta al *Code Napoléon* e al pensiero giusnaturalista⁹⁴.

Infine, qualche ulteriore considerazione sia sincronica sia diacronica fa emergere come la latitudine della figura sia stata assai più variabile, fino a tempi assai recenti, di quanto non si sarebbe indotti a prima vista a pensare⁹⁵.

E senza che qui vi sia lo spazio per ulteriori riflessioni sul punto, sembra dunque che l’attribuzione della ‘personalità giuridica’ ad animali e cose inanimate sia una locuzione che, evidentemente, indica sempre (e solo) il

bonificare il territorio e indennizzare le comunità etniche indigene dei danni provocati dallo sfruttamento non sostenibile dell’area. Infine, lo stesso Ohio si è ampiamente discusso sul riconoscimento dei diritti al lago Erie, anche perché gli abitanti della città di Toledo hanno votato una legge, cioè la *Lake Erie Bill of Rights*, che riconosce al lago il diritto di «esistere, prosperare ed evolversi in maniera naturale», sicché il lago stesso è protetto a prescindere dall’utilità che ha per l’uomo. In ultimo, anche il Bangladesh ha attribuito «personalità giuridica» ai suoi circa settecento fiumi, preponendo alla tutela la *National River Conservation Commission*, cioè un nuovo organo nominato direttamente dal Governo. Per vari riferimenti, D. SHELTON, *Nature as a legal person*, in *VertigO - la revue électronique en sciences de l’environnement*, settembre 2015, n. 22, disponibile presso <www.journals.openedition.org>, nonché R. MIGUEZ NÚÑEZ, *Le aventure del soggetto – Contributo teorico-comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Mimesis, Milano 2018, p. 111 ss.

⁹³ Si veda F. FALANCA, *La natura come soggetto di diritto: una riflessione a partire dal riconoscimento dei diritti della Natura nella Costituzione ecuadoriana del 2008*, in *Il soggetto di diritto*, a cura di Bilotta, Raimondi, cit., p. 153 ss.

⁹⁴ Così F. GIARDINA, *Art. 1 – Capacità giuridica*, in A. BARBA e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Delle persone*, vol. I., *Disposizioni sulla legge in generale e Artt. 1-10*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da G. Gabrielli, UTET, Torino 2012, p. 350, la quale precisa che la «duplicazione di attributi legati dal diritto alla condizione umana (soggettività e capacità giuridica) svela, così, attraverso le sue origini storiche, la sua reale funzione: attribuire al diritto positivo il potere di intervenire sulla ‘naturale’ realtà dell’uomo», riservando «all’ordinamento un ruolo decisivo nel «concedere» all’uomo l’attitudine alla titolarità di diritti e di obblighi».

⁹⁵ Invero, è noto che nel diritto romano, a seconda delle epoche e delle situazioni, lo schiavo non aveva diritto alcuno oppure aveva diritti assai limitati, come del resto valeva anche per i membri della famiglia diversi dal *pater familias* almeno nelle fasi più antiche: cui aggiungere che nel Medioevo vi sono stati i Servi della Gleba, che ancora nell’Ottocento la schiavitù era legale in Nordamerica, che nello stesso periodo in vari Stati europei era vigente la sanzione della ‘morte civile’, che nel medesimo torno di tempo l’esercizio di alcuni diritti (soprattutto politici) dipendeva dal censo, che nel Novecento il nostro stesso Paese ha conosciuto le leggi razziali e che si sono dovuti attendere tempi ben più recenti non solo per l’affermazione del suffragio universale, ma pure per l’abolizione del divieto che impediva alle donne di accedere a funzioni giurisdizionali (avvenuta nel 1963, come ricorda DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, cit., p. 237).

fatto che si tratta di beni oggetto di una specifica protezione.

Infine, un ultimo modello – ma con varianti – è ovviamente quello del riconoscimento della soggettività giuridica, secondo una soluzione, come detto, fatta propria da non molti Autori⁹⁶.

E, come pure anticipato, esso genera non solo problemi teorici ma anche pratici, sol che si pensi alle difficoltà che si incontrano nella selezione dei diritti che vengono riconosciuti, nella configurazione di un patrimonio e nella definizione del modo in cui esso viene gestito⁹⁷.

Tuttavia, proprio rammentando che la capacità giuridica dell'AI, se ad essa attribuita, non ha per certo la stessa estensione di quella dell'essere umano e gli ulteriori problemi che sorgono nell'esercizio della capacità di agire, si potrebbe mutuare il modello che si usa per gli incapaci o quello del *trust*.

Infine, altra variante sul tema è quella di creare una categoria *ad hoc*, il che richiama il dibattito sulla 'personalità elettronica', anche se qui occorre ben intendersi sulle parole usate.

Se con tale espressione ci si riferisce ad una più limitata capacità giuridica, come è quella degli enti, non vi è nulla di nuovo sotto il sole, salvo il fatto che l'AI si aggiunge alla lista dei soggetti di diritto conosciuti dal nostro sistema.

La locuzione, invece, inizia ad avere più senso in due casi, che possono riguardare tanto la fattispecie quanto l'effetto giuridico.

Invero, lo stesso presupposto per l'attribuzione della capacità giuridica potrebbe essere così distante dalla concezione tradizionale che sta alla base dell'istituto da rendere preferibile l'uso di una categoria differente, come emerge chiaramente considerando la teoria degli 'attanti': in base alla quale – semplificando – non importa come il pensiero si forma ma come

⁹⁶ Ai contributi già citati si aggiungano P. MORO, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, cit., p. 61, per il quale «sta forse sorgendo l'aurora di una nuova e impreveduta generazione di diritti e doveri, riferibili a persone umane e soggettività artificiali, che saranno chiamate ad abitare insieme nel mondo regolato dal tecnodiritto prossimo venturo»; MIGUEZ NÚÑEZ, *Le avventure del soggetto*, cit., p. 12, secondo cui «l'epoca in cui viviamo, dominata dall'incessante progresso della tecnologia, della scienza e dell'industria nonché dallo sviluppo di nuove tecniche di tutela giuridica, mette in crisi il tradizionale novero della soggettività imperniato sull'essere umano vivente»; nonché G. ROMANO, *Diritto, robotica e teoria dei giochi: riflessioni su una sinergia*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 130, il quale sostiene che i tempi sono «maturi per una definitiva affermazione del robot come soggetto giuridico».

⁹⁷ Evidenzia come la riflessione dottrinarina si sia appuntata perlopiù sull'esigenza di responsabilizzazione dell'AI, tralasciando il tema delle tutele, RUFFOLO, *Personalità elettronica*, cit., p. 213 ss., nonché di ID., *La personalità elettronica*, cit., p. 115 ss.

si esprime, il che si ritiene sufficiente a costruire una soggettività senza coscienza di sé ed emozioni⁹⁸. Del resto, se di nuovo si passa un'immagine, è da poco che il nostro ordinamento – anche superando antichi tabù – ha riconosciuto le unioni civili senza farle diventare un matrimonio.

Quanto al secondo profilo, il regime disegnato per l'AI potrebbe non avere tratti di semplice specialità o eccezionalità rispetto a quello ordinario, ma talmente eccentrici se non antitetici da rendere di nuovo preferibile la creazione di una categoria *ad hoc*. Non a caso una voce ha già immaginato una «soggettività a geometrie variabili» e un'altra la prospettazione di una «capacità di diritto privato speciale»⁹⁹.

Una terza strada, poi, è quella di chiedersi se la soggettività non sia una categoria costruita fino ad oggi in modo per così dire troppo antropomorfo e se proprio l'AI non offra l'opportunità di una sua rivisitazione¹⁰⁰. L'uomo, come si diceva poc'anzi, è tale perché ragiona, ha coscienza di sé e prova emozioni. Ma una volta appurato che quello umano non è l'unico modo di ragionare, vale la pena di chiedersi se lo stesso vale per la coscienza di sé e se, a questo punto, anche la componente emotiva è tanto essenziale: il che ci conduce alle riflessioni conclusive.

6. *Riflessioni conclusive*

Che l'uomo sia al centro del sistema e che tale debba rimanere non è discutibile¹⁰¹.

⁹⁸ Si veda TEUBNER, *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Milano, 2015, 23 ss.

⁹⁹ MOROTTI, *Una soggettività a geometrie variabili*, cit., in *Il soggetto di diritto*, a cura di Bilotta, Raimondi, cit., p. 291 ss., nonché CAROCCIA, *Soggettività giuridica dei robot?*, cit., p. 252, per la quale «[s]i potrebbe quindi pensare ad una capacità di diritto privato speciale, cioè ad una capacità attribuita nei limiti della sua strumentalità rispetto alla funzione: il fine per il quale la macchina agisce delimita anche la capacità di diritto privato della macchina stessa».

¹⁰⁰ Nettamente contraria, sul presupposto che il robot non potrebbe essere portatore di «un interesse autonomo e trascendente il programmatore, il produttore, il distributore, l'utilizzatore», A. ASTONE, *La persona elettronica: verso un terzo genus di soggetto?* in *Il soggetto di diritto*, a cura di Bilotta, Raimondi, cit., p. 263.

¹⁰¹ In proposito, DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, cit., p. 236, dopo aver notato che la capacità giuridica rientra fra le tecniche attraverso cui l'ordinamento dà rilevanza giuridica alla realtà, precisa che comunque «il diritto è in funzione dell'uomo per garantire la migliore convivenza possibile, non per proteggere interessi in sé diversi da quelli dell'uomo» e che «[a]nche gli interessi della collettività e di enti rispecchiano, direttamente o indirettamente,

E l'esigenza di protezione dell'AI, se del caso tramite il modello della soggettività giuridica o della personalità elettronica, nasce sempre da un interesse dell'uomo¹⁰².

Un tale interesse potrà essere legato al fatto che il mancato impiego di tale modello contrasta con il comune sentire, che esso si ritenga il più confacente anche sotto il profilo della tutela degli interessi patrimoniali della collettività o che sia supportato da altre ragioni ancora¹⁰³.

Al riguardo, si è visto che l'AI ha già un grado di autonomia decisionale prima impensabile e – se si guarda alla storia del progresso tecnologico – è facile presagire che essa sarà presto dotata di caratteristiche che oggi non riusciamo nemmeno ad immaginare compiutamente, anche in base alla nota legge di Moore¹⁰⁴.

Dunque, messe da parte tanto le paure quasi paranoiche quanto una cieca fiducia, ossia gli atteggiamenti che spesso si hanno da tempo di fronte a tale progresso e che sono probabilmente figlie delle «utopie di angoscia» che hanno caratterizzato il XX Secolo, un approccio che tenda a regolare preventivamente la soggettività dell'AI potrebbe anche valere a impedire

interessi delle persone fisiche», il che «deve costituire il canone interpretativo con cui risolvere le questioni collegate a realtà diverse dall'uomo». Dunque, come rileva COSTANZA, *L'AI: de iure condito e de iure condendo*, cit., pp. 410-412, il punto non è quello di «creare una nuova categoria di essere umani o quasi umani», né quello di «modificare le assiologie delle leggi esistenti», sicché anche di fronte all'AI «la valutazione d'adeguatezza o meno della normativa non implica un giudizio sui fondamentali».

¹⁰² Peraltro, nel contesto del diritto degli animali non è mancato chi ha cercato di attribuire agli stessi la soggettività giuridica, come emerge dalla letteratura citata in R. GARRETO, *Soggettività giuridica dell'animale. Rilievi critici*, in *Il soggetto di diritto*, a cura di Bilotta, Raimondi, cit., p. 165 ss.

¹⁰³ In proposito, vale ad esempio la pena di ricordare la teoria di Lawrence Lessig in base alla quale la tecnologia è una forza in grado di produrre un proprio codice, che si impone sulla regola giuridica, scardinandone gli effetti. E – rimanendo all'interno degli argomenti trattati in questo saggio – proprio il diritto d'autore ha offerto una dimostrazione di come tale dinamica si possa concretizzare, laddove l'evoluzione tecnologica ha consentito di conformare gli usi (quindi i diritti) resi effettivamente disponibili all'utente tramite le tecniche di *digital rights management* (per tutti, si vedano i contributi editi in R. CASO (a cura di), *Digital Rights Management: problemi teorici e prospettive applicative. Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, Università degli Studi di Trento, Trento 2008): tanto è vero che, di fronte alle reazioni dei legittimi fruitori dei contenuti o ai tentativi di aggiramento dei terzi, l'ordinamento ha dovuto approntare misure (giuridiche) di protezione alle misure (tecnologiche) di protezione, come dimostra il Titolo II ter (artt. 102-quater - 102-quinquies) della l.d.a. intitolato «Misure tecnologiche di protezione. Informazioni sul regime dei diritti».

¹⁰⁴ Secondo la quale il numero di componenti elettronici (ad esempio i transistor) che formano un chip raddoppia ogni anno.

che essa «si imponga» per via tecnologica¹⁰⁵.

D'altronde, sulla scia delle leggi della robotica di Isaac Asimov e grazie ad un eccezionale incrocio fra diritto e letteratura, la roboetica da tempo si confronta con il problema di come 'educare' l'AI, il che apre la strada all'affascinante costruzione di un separato sistema di regole tecnologiche volte a disciplinare il modo in cui la stessa AI prende le proprie decisioni¹⁰⁶; e – in prospettiva – non si deve scartare l'idea che essa possa imparare dai propri 'errori' anche grazie al fatto che i medesimi incidono sulla sua sfera giuridica¹⁰⁷: pur se ad oggi l'assenza di coscienza e istinto di conservazione rendono problematica l'applicazione delle regole di responsabilità a tale fine. E proprio qui, in effetti, viene in esponente il problema della percezione delle conseguenze delle violazioni, perché la minaccia della sanzione e la stessa punizione hanno per l'essere umano un significato e funzioni in principio non replicabili¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Il riferimento è a S. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 721-722, il quale rileva che «il passaggio dalle utopie di 'desiderio' alle utopie di 'angoscia' sembra avere caratterizzato in maniera incisiva l'intero corso del XX secolo. Una attitudine ondivaga nei confronti del progresso tecnologico ha portato, da un lato, a una integrazione sempre più forte, ai limiti della dipendenza, tra l'individuo e le nuove possibilità offerte dalla scienza applicata, e, dall'altro lato, a una paura diffusa sui rischi, reali o presagiti, che tale integrazione reca con sé. Ma l'angoscia del futuro non porta al rifiuto del futuro: accanto alla percezione, sempre più netta, dei rischi del progresso tecnologico, c'è la consapevolezza della impossibilità di arrestare tale progresso, anche se non si presenta più con stimme soltanto positive».

¹⁰⁶ Premesso che non è questa la sede per esaminare i temi e problemi della roboetica – per tutti F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica*, Luiss University Press, Roma 2021, nonché L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2022 –, è frequente in dottrina (ad esempio A.B. SUMAN *Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot?*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 267 ss.) la notazione per cui essa ha origine prendendo spunto dalle prime tre leggi della robotica di Isaac Asimov (ID., *Io, robot*, ed. it., Bompiani, Milano 1987) cui è stata poi aggiunta 'la legge 0' (ID., *Robots and Empire*, New York 1985). Si tratta in specie di quelle seguenti «0. Un robot non può recare danno all'umanità, né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, l'umanità riceva danno 1. Un robot non può recare danno a un essere umano né può permettere che, a causa del proprio mancato intervento, un essere umano riceva danno. 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non contravengano alla Prima Legge. 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché questa autodifesa non contrasti con la Prima e con la Seconda Legge».

¹⁰⁷ Profila alcuni modi in cui la rieducazione a seguito dell'errore potrebbe avvenire RUFFOLO, *Machina delinquere potest? Responsabilità ed "illeciti" (anche penali?) della "persona elettronica" e tutele per gli agenti software autonomi*, in *XXVI Lezioni*, a cura di Id., cit., p. 301.

¹⁰⁸ Per ulteriori considerazioni sul tema CINGOLANI, ANDRESCIANI, *Robot, macchine intelligenti e sistemi autonomi*, cit., p. 40 ss., nonché W. WALLACH, C. ALLEN, *Moral Machines, Teaching Robots Right from Wrong*, Oxford University Press, New York 2010, *passim*.

Tuttavia, tali embrionali considerazioni portano paradossalmente ad esaltare il ruolo del diritto privato, laddove lo stesso può assai meglio di quello penale e amministrativo approntare idonei strumenti per la tutela delle vittime e lo spostamento di risorse dal patrimonio del soggetto giuridico AI a quello del danneggiato. E un passo più in là si colloca l'interrogativo inerente al sé la tassazione volta alla creazione di fondi pubblici (al netto del fallimento del progetto relativo alla c.d. 'Robotax') o comunque sistemi di *no-fault compensation* come quello neozelandese possano essere ancora più idonei, secondo un interrogativo sul quale mette conto tornare in altra sede¹⁰⁹.

Ovviamente, assieme a tali aspetti ve ne saranno molti altri di cui tener conto, anche perché le applicazioni dell'AI dotate di maggiore autonomia generano interrogativi talvolta peculiari ai singoli settori, come appare evidente considerando ad esempio quello dei 'robot sociali' usati a scopo di compagnia, che hanno caratteristiche assai interessanti ma che possono creare una triste dipendenza emotiva in persone particolarmente vulnerabili¹¹⁰; o quello della medicina, in cui vi sono *software* che supportano le decisioni inerenti alla somministrazione di farmaci o alla formulazione delle diagnosi, senza esplicitare il procedimento attraverso il quale giungono alla soluzione proposta¹¹¹.

Tuttavia, più che soffermarsi su tali profili, è qui utile formulare una considerazione di fondo che emerge da un complessivo sguardo all'evoluzione tecnologica in materia.

Pur senza riprendere tale riflessione nella terza edizione del suo testo, un Autore ricorda in quella precedente che la Dichiarazione Universale dei

¹⁰⁹ Si veda K. ABNEY, *Robotics, ethical theory, and metaethics: a guide for the perplexed*, in *Robot Ethics: The Ethical and Social Implications of Robotics*, a cura di P. Lin, K. Abney, G.A. Bekey, Mit Press, London 2012, p. 35 ss. Da notare che nella proposta di Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione Europea concernente norme di diritto civile sulla robotica, con un considerando poi scomparso nel testo finale, si esprimeva il timore relativo all'impatto che la robotica avrebbe potuto avere sul tasso occupazionale, tanto da ritenere opportuna l'introduzione di una tassa, la c.d. *Robotax*, che avrebbe dovuto colpire i redditi prodotti da entrate 'digitali', per poi costituire un fondo per la tutela e la riqualificazione dei lavoratori licenziati a causa della tecnologia digitale.

¹¹⁰ SANTOSUOSSO, TOMMASI, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, cit., p. 324, riportano la seguente definizione di 'robot sociali' tratta dalla letteratura in materia: «I robot sociali sono agenti rappresentati che fanno parte di un gruppo eterogeneo: una società di robot o esseri umani. Sono in grado di riconoscere l'altro e di impegnarsi in interazioni sociali, hanno una propria storia e quindi sono in grado di percepire e interpretare il mondo in termini di propria esperienza, comunicano esplicitamente e imparano gli uni dagli altri».

¹¹¹ V. DE BERARDINIS, *L'impiego delle nuove tecnologie in medicina*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, a cura di Alpa, cit., p. 475.

Diritti Umani del 1948 riconosce vari diritti e libertà fondamentali a tutti gli uomini indicandoli come dotati di ragione e coscienza, chiedendosi se quando saremo in grado di munire le macchine di tali caratteristiche (in misura simile all'essere umano) le macchine stesse «dovrebbero essere, per definizione, escluse dal club degli umani»: soprattutto a fronte di confini biologici dell'individuo che vengono continuamente ridefiniti, come dimostrano gli strumenti che consentono l'idratazione, la nutrizione e la respirazione artificiali, le tecniche di riproduzione assistita e le operazioni tese al cambio di sesso¹¹²; cui aggiungere ora la progettazione di impianti che possono entrare nel midollo spinale per ripristinare il movimento di soggetti paralizzati o dare la vista a persone cieche dalla nascita¹¹³.

Del resto, proprio in questa direzione una recente voce ha messo in evidenza come la distinzione fra siliceo e biologico non corrisponda più a quella fra artificiale e naturale in ragione dei progetti di ricerca volti a sviluppare «sistemi wetware [...] che cercano di duplicare cervelli biologici per produrre un cervello sintetico»¹¹⁴: senza contare che le neuroscienze e la neurobiologia si stanno cimentando nella coltivazione di cellule cerebrali nella prospettiva di arrivare alla costruzione di un cervello totalmente biologico quanto alla sua materia, ma evidentemente 'artificiale' quanto alla sua origine¹¹⁵.

Di poi, un argomento un po' forzato e radicale che la voce per prima citata propone (per profilare una possibile discriminazione di rilievo costituzionale in danno delle macchine), induce a domandarsi (dopo averlo riadattato) come il diritto si dovrà porre in futuro di fronte a esseri umani che quelle caratteristiche abbiano in misura così bassa da dover essere muniti, grazie alla AI, di ragione e coscienza perlopiù artificiali¹¹⁶.

E gli ultimi sviluppi del progetto Neuralink che ha per ora superato il taglio della *Food and Drug Administration* dimostrano che potrebbe trattarsi di un futuro non troppo lontano¹¹⁷: dacché è del 30 gennaio

¹¹² SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Padova, 2016², p. 354 e p. 356.

¹¹³ Riferisce dei due ultimi progetti di cui nel testo, F. SARACINA, *Neuralink, interfaccia computer-cervello, in sei mesi*, 1° dicembre 2022, disponibile su <www.ilsole24ore.it>.

¹¹⁴ C. PERLINGIERI, *Responsabilità civile e robotica medica*, in «Tecnologie e diritto», 2020, pp. 178-179.

¹¹⁵ Per vari riferimenti RUFFOLO, *La personalità elettronica*, cit., 119.

¹¹⁶ SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, cit., p. 357, che formula il radicale esempio di esseri umani totalmente privi di ragione e coscienza che la acquisiscano solo grazie alle macchine, per profilare una violazione dei diritti fondamentali in danno delle «entità artificiali».

¹¹⁷ Quanto al progetto di cui nel testo, si veda l'articolo di Lorenzo Forlani, *Chip nel cervello, primi test in 6 mesi: il piano di Neuralink*, 1° dicembre 2022, disponibile presso

2024 la notizia della installazione di un impianto cerebrale sul primo essere umano con il fine di «potenziare le capacità umane, curare disturbi neurologici come la SLA o il Parkinson e forse un giorno realizzare una relazione simbiotica tra uomo e intelligenza artificiale»¹¹⁸.

Inoltre, le tecniche di *human enhancement* e di ibridazione uomo-macchina che si sono menzionate inducono a profilare almeno altri due scenari che possono stimolare una più compiuta riflessione in materia, sempre nell'ottica di valutare l'esigenza dell'ordinamento (e quindi della collettività) di estendere il concetto di soggettività o di costruirne uno su misura: anche perché se l'AI è in grado di imparare, prendere decisioni al di fuori degli *input* originari e agire con relativa autonomia, ciò vuol dire che essa ha oggettivamente una storia e non rimane mai uguale a se stessa.

Il primo scenario riguarda l'interrogativo inerente alla misura in cui il regime giuridico che riguarda gli animali andrà ripensato ove gli strumenti che si sono menzionati possano incrementare non solo la loro capacità di trasmettere informazioni all'esterno, ma anche di ragionare e avere coscienza di sé.

Il secondo scenario riguarda la sempre crescente possibilità di interazione fra macchina e sistema nervoso fino al punto di ipotizzare il trasferimento di una coscienza umana su supporti artificiali, magari per garantire la sopravvivenza ad una mente contenuta in un corpo in decadimento¹¹⁹; se ciò divenisse possibile, una volta affermato che il soggetto continua ad avere la sua precedente soggettività e capacità giuridica sebbene sia venuto meno il suo sostrato biologico, sarebbe più difficile negarlo ad una mente elettronica che semplicemente 'nasce' – volendo così riprendere il tema dell'applicazione estensiva o analogica dell'art. 1 c.c. – senza averlo mai avuto.

Si dirà che il problema è ancora di là da venire e non per poco. Ma ciò non costituisce motivo sufficiente a non porsi affatto, almeno in prospettiva, anche in considerazione di altri temi che il progresso tecnologico porta ad affrontare: come ad esempio dimostra il fatto che, ove non fosse più vietato e ove fosse medicalmente possibile procedere ad un espianto della testa o del cervello – o addirittura coltivare la distopica prospettiva di un essere umano

<www.corrierecomunicazioni.it>, il quale spiega che il chip fatto costruire da Elon Musk contiene un impianto cerebrale informatico in grado di leggere le onde cerebrali e trasmettere informazioni, ad esempio per consentire che una persona affetta da sclerosi laterale amiotrofica (SLA) possa comunicare con l'esterno attraverso i propri pensieri.

¹¹⁸ Nel senso di cui nel testo l'articolo a firma della redazione *Musk: Neuralink ha installato il primo impianto cerebrale su un uomo* disponibile presso <www.corriere.it>.

¹¹⁹ Ne riferiscono RUFFOLO, AMIDEI, *Intelligenza artificiale, human enhancement e diritti della persona*, in *Intelligenza artificiale*, a cura di Ruffolo, cit., p. 179, nt. 1.

clonato o letteralmente fabbricato in laboratorio –, ecco che vi sarebbero ulteriori ragioni per riflettere sulla relativizzazione del sostrato biologico cui la capacità giuridica e la soggettività vengono tradizionalmente legate¹²⁰.

Tornando ad un futuro più immediato, tuttavia, l'ipotesi più ragionevole sembra quella di pensare ad uno statuto speciale, segnatamente ad una capacità asimmetrica nei diritti e doveri – o comunque caratterizzata da un regime *ad hoc* – da declinare nelle diverse aree dell'ordinamento.

Riprendendo alcuni profili emersi nel corso della trattazione, nel settore del diritto d'autore il diritto morale potrebbe diventare – come detto – una forma di garanzia per il consumatore senza che all'AI sia attribuita la paternità dell'opera nel senso tradizionale del termine; nel settore della responsabilità civile ad obblighi risarcitori pieni potrebbero corrispondere varie limitazioni rispetto alla gestione del patrimonio, magari primariamente funzionalizzato al ristoro della vittima e ancor prima a sostenere i costi di un'assicurazione obbligatoria; nel settore del diritto societario un algoritmo che sedesse nel C.d.A. potrebbe avere diritti di voto solo su certe materie o, abbracciando la più verosimile prospettiva della delega parziale, all'AI potrebbero essere affidati compiti di *compliance* (si pensi alla *privacy* o al controllo sulla sicurezza informatica) in settori specifici. Insomma, volendo nuovamente far tesoro di uno spunto che proviene dall'incontro fra diritto e letteratura, l'ipotesi preferibile continua ad apparire quella di costruire una 'soggettività dimezzata'.

ABSTRACT

The essay moves from the different levels on which the problem of the legal subjectivity of AI can be addressed in order to highlight the reasons that led interpreters to raise the problem as well as the and the main lines of thought expressed by the literature on this traditional issue and the related one of juridical capacity. The arguments in favor of and against the recognition of the subjectivity that can be drawn not only from the general debate on the subject matter, but also from the specific areas of copyright, company law and tort law are then examined. Finally, after exploring the different models with which the topic can be handled in a diachronic and synchronic comparative perspective, some initial conclusions are formulated and the outline of a possible proposal of discipline is indicated.

KEYWORDS: AI; Legal Subjectivity; Tort Law.

¹²⁰ Sulla clonazione e «fabbricazione» dell'essere umano C. CORVI, *La clonazione. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano 2022, mentre richiamano le problematiche giuridiche che gli interventi di cui nel testo solleverebbero, sempre RUFFOLO, AMIDEI, *Intelligenza artificiale*, cit., pp. 208-209.

III - THE PUBLIC DIMENSION OF CONTRACT

Valentina Vincenza Cuocci*

Supported Decision Making (SDM) Agreement
*e meccanismi privatistici per supportare i soggetti vulnerabili
nella dimensione digitale. Una prospettiva comparata*

SOMMARIO: 1. Centralità della protezione dei dati personali nella dimensione digitale e necessità di protezione dei soggetti vulnerabili. Una breve riflessione introduttiva – 2. Vulnerabilità, dimensione digitale e il problema del consenso al trattamento dei dati personali – 3. Vulnerabilità vs Incapacità. Chi sono i soggetti vulnerabili e la vulnerabilità in senso ‘posizionale’ – 4. *Supported Decision Making Agreement(s)* e meccanismi privatistici di ‘supporto’ alle scelte consapevoli. Una possibile soluzione per la protezione dei soggetti vulnerabili nella dimensione digitale?

1. *Centralità della protezione dei dati personali nella dimensione digitale e necessità di protezione dei soggetti vulnerabili. Una breve riflessione introduttiva*

L'economia digitale si ‘nutre’ di dati personali - da più parti qualificati come linfa vitale per le imprese digitali¹ - e l'intelligenza artificiale si ‘nutre’ di dati per ‘addestrare’ gli algoritmi². Il legislatore europeo ha messo in

* Professoressa associata di diritto privato comparato - Università di Foggia -
Il presente scritto riproduce il testo della relazione tenuta al XXVII Colloquio Biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato, Bari- Taranto, 25-27 maggio 2023.

Per un approfondimento del tema si rinvia allo studio monografico: V.V. CUOCCI, *La protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili nella dimensione digitale. Uno studio di diritto comparato*, Cacucci Editore, Bari 2022, pp. 1-250.

¹ W.D. EGGERS, R. HAMILL, *Data as the new currency*, in *Deloitte Rev.*, 2013, p. 18. Si veda il contributo di A. TANNER, *What stays in Vegas: the world of personal data-lifeblood of big business and the end of privacy as we know*, New York, 2014. Y. HERMUSTRUWER, *Contracting around privacy, The behavioural Law and Economics of Consent and Big Data*, in 8 *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elect. Com L* (2017), p. 9. Sul punto l'A. testualmente afferma: «Personal data has become one of the most important currencies in digital economies. This currency seems to be inherently inclusive and egalitarian». G. MALGIERI, B. KUSTERS, *Pricing Privacy - The Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, pp. 294 – 297.

² Tra gli scritti più significativi in tema di intelligenza artificiale, ma senza pretesa di

cantiere una serie di atti normativi volti a regolamentare il mercato digitale: la Strategia europea ha l'ambizione di rendere l'Europa *leader* nell'economia costruita sui dati e, in particolare, mira a creare un mercato unico per i dati che garantirà la competitività globale e la sovranità dei dati dell'Europa.

I pilastri sui cui dovrebbe reggersi la Strategia europea dei dati sono il Regolamento sulla *governance* dei Dati³ e il c.d. *Data Act* che introduce norme armonizzate per disciplinare l'accesso e l'utilizzo dei dati generati all'interno dell'Unione Europea da parte di utenti e aziende (*Data Act*)⁴. Non da ultimo deve essere citato l'*Artificial Intelligence Act* oramai in fase di approvazione⁵.

In questo fluido sistema regolatorio che si va delineando all'interno dell'Unione Europea la normativa sulla protezione dei dati personali – il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali (GDPR) – riveste una importanza centrale: il Regolamento appena menzionato

esaustività: AA.VV., *Künstliche Intelligenz - Ethik und Recht*, (Eds) T. Hoeren, S. Pinelli, C. H. Beck, Monaco 2022, pp. 1-393; G. ALPA, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Mucchi Editore, Modena 2021, p. 71; M. EBERS, C.A. HEINZE, T. KRÜGEL, B. STEINRÖTTER, *Künstliche Intelligenz und Robotik*, C. H. Beck, Monaco 2020, pp. 1 e ss; AA.VV., *Algorithms and Law*, M. Ebers (ed), Cambridge U.P., 2020, pp. 1-319. G. COMANDÈ, *Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali, note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 262. M. Nuzzo, G. Olivieri (a cura di), *Algoritmi, se li conosci ...li regoli*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, p. 1. Si veda anche N. CRISTIANINI, *La scorciatoia. Come le macchine sono diventate intelligenti senza pensare in modo umano*, Il Mulino, Bologna 2023.

³ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati). <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R0868&from=EN>

⁴ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/data-act-proposal-regulation-harmonised-rules-fair-access-and-use-data> .

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202302854

A. FERNANDEZ, *The Data Act: The next Step in Moving Forward to a European Data Space*, in 8 *Eur. Data Prot. L. Rev.* (2022), p. 108. Si veda anche il REGOLAMENTO (UE) 2022/2065 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁵ P9_TA(2023)0236 Legge sull'intelligenza artificiale. Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 14 giugno 2023, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)). A dicembre 2023 è stato raggiunto l'accordo politico Parlamento europeo e il Consiglio sulla legge sull'intelligenza artificiale (legge sull'IA), proposto dalla Commissione nell'aprile 2021.

dovrebbe rappresentare uno strato di protezione ‘trasversale’ che tutti coloro che operano nella dimensione digitale, e che gestiscono una enorme mole di dati, dovranno rispettare⁶. Altrimenti il rischio è quello di una tutela segmentata dei dati personali.

I rischi per la *privacy* - e per la protezione dei dati personali - derivanti dalla dimensione digitale, dall’essere sempre connesso, dall’utilizzo di piattaforme digitali si pongono in modo assai peculiare, e certo più pericoloso, per alcuni soggetti, da più parti qualificati come vulnerabili, che non sempre sono in grado di percepire i pericoli della rete, di esprimere validamente il proprio consenso al trattamento e di esercitare i relativi diritti in cui si estrinseca appunto la *privacy* (opposizione, cancellazione dei dati, modifica); non solo, ma il trattamento su larga scala di dati può portare a discriminazioni o identificare l’orientamento sessuale o religioso dei soggetti.

La problematica relativa alla protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili – *vulnerable data subjects* – nella dimensione digitale è stata sottolineata con forza dal Garante Italiano per la Protezione dei Dati Personali⁷. In un primo documento intitolato “Vulnerable Person. Data Protection and Digital Society” si è messo in rilievo che, nella società digitale, i dati personali di un soggetto vulnerabile corrispondono ad una persona vulnerabile con conseguente necessità di protezione⁸. In un documento più recente, sempre il Garante Italiano per la Protezione dei dati Personali ha ulteriormente ribadito la necessità della protezione dei

⁶ Il Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) pubblicato con aggiornamenti e rettifiche in *G.U.U.E* 23 maggio 2018, L-127.

¹a bibliografia sul Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati Personali è sterminata a livello nazionale ed europeo. Ci si limita in questa sede a richiamare, senza pretesa di completezza, solo alcuni articoli e commenti: A.A.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, (a cura di) V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO, Giappichelli Editore, Torino 2019, pp. 1- 1427; G. FINOCCHIARO, *Riflessioni sul poliedrico regolamento europeo sulla privacy*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, p. 895; A.A.VV., *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da G. Finocchiaro, Il Mulino Bologna, 2017, pp. 1-764; M. E. MPAME, *The General Data Protection Regulation and the Effective Protection of Data Subjects Rights in the Online Environment*, Nomos Baden Baden, 2021, pp. 1-320; A.A.VV., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, (eds) C. Kuner, L. A. Bygrave, C. Docksey, Oxford 2020, 1-1393.

⁷ A. SORO, *Vulnerable Person: Data Protection and Digital Society*, in *24 Nat. Italian American Bar Ass’N Journal*, 2016, p. 117.

⁸ SORO, *Vulnerable Person*, cit., p. 117.

dati personali dei soggetti vulnerabili nella dimensione digitale⁹.

Nelle prossime pagine, dopo aver evidenziato in che misura le discipline sulla protezione dei dati personali oggetto di studio tengono in considerazione il problema dei soggetti vulnerabili, si analizzeranno alcuni meccanismi di tutela. Nello specifico, l'analisi comparativa mostra uno strumento privatistico – *Supported Decision Making Agreement* – che nella società digitale può assolvere anche una funzione di supporto e di tutela dei soggetti vulnerabili (supporto nell'acquisizione delle informazioni, in modo tale che il consenso potrà essere una reale espressione di autodeterminazione; conoscenza dei diritti connessi alla privacy - cancellazione, revoca del consenso, opposizione -) e attenuando così lo squilibrio tra *data controller* e *data subject*.

2. Vulnerabilità, dimensione digitale e il problema del consenso al trattamento dei dati personali.

Nella dimensione digitale le persone sono sempre più 'obbligate' a cedere le proprie informazioni per partecipare ad attività di natura sociale, amministrativa e commerciale, e la possibilità di rifiutare tale 'cessione' dei dati è sempre più limitata¹⁰; non solo ma la dimensione digitale –

⁹ P. STANZIONE, *Data Protection and Vulnerability*, in *European Journal of Privacy Law and Tech.*, 2020, p. 9, disponibile al link http://www.ejplt.tatodpr.eu/Page/t01/view_html?idp=107. In particolare nella relazione "Data Protection and Vulnerability" si legge: «But the social function of data protection has also proved to be decisive with respect to the 'structural', almost ontological vulnerability that characterizes the position of the individual about the increasingly pervasive private powers, exercised with the pretension of inscribing the code of life and society in the general contract conditions. Here I'm using the term 'vulnerability' in the meaning in which it can be connected, for example, also to the consumer, that is to say with reference to general categories connoted due not so much to specific subjective as to relational characteristics, i.e. derived from the relationship in whose context they are considered. Here lies the transition from the abstract, 'disembodied' subject, to the person, in the peculiarity of his/her condition (*homme situé*)». STANZIONE, *Data Protection and Vulnerability*, cit., p. 11. Nella menzionata relazione si evidenzia, altresì, che la monetizzazione della *privacy* e la remunerazione del consenso (per il trattamento dei dati) può portare alla formazione di una sorta di 'proletariato digitale' e cioè di un ceto sociale volto ad elargire i propri dati – e quindi il cuore essenziale della libertà – in cambio di servizi digitali e accesso alle piattaforme digitali.

¹⁰ Parere 4/2015 del Garante Europeo per la Protezione dei Dati Personali dal titolo 'Verso una nuova etica digitale'. Il Parere può essere consultato al seguente link: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/towards-new-digital-ethics-data-dignity-and_en

piattaforme digitali, social media, strumenti smart – ha aumentato i rischi in termini di profilazione, sorveglianza, pubblicità mirata, direct marketing e neuromarketing¹¹.

Il problema della protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili, in questa vorticoso raccolta di dati operata in ambiente digitale, diviene centrale¹²: i soggetti vulnerabili molte volte non sono in grado di esprimere il proprio consenso in modo libero e così possono essere esposti a rischi, più di altri in quanto più facilmente influenzabili dalla pubblicità comportamentale e più agevolmente manipolabili. Ad esempio, nei giochi *online*, la profilazione può servire per individuare i giocatori che l'algoritmo ritiene più propensi a spendere soldi e questo può esporre a rischi maggiori i soggetti vulnerabili, pensiamo ai minori, agli infermi di mente, all'incapace ma anche a coloro che non hanno un elevato grado di alfabetizzazione, e agli anziani non nativi digitali¹³.

Le discipline sulla protezione dei dati personali prese in considerazione – quella europea e quella statunitense – pur nella diversità e disomogeneità dei modelli convergono nella misura in cui presentano un approccio settoriale alla vulnerabilità che guarda solo ai minori.

Il paradigma di protezione presente sul versante europeo nel *GDPR* (art. 8) e sul versante statunitense nella disciplina federale statunitense *Children's On Line Privacy Protection Act* è essenzialmente articolato su due livelli:

¹¹ A conferma della centralità della normativa sulla protezione dei dati personali nella dimensione digitale può citarsi sicuramente la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato 15 gennaio 2024, n. 497 dove si è stabilito che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato avrebbe dovuto coinvolgere il Garante per la Protezione dei Dati Personali, competente appunto in materia di protezione dei dati personali, in un procedimento relativo ad una sanzione per pratiche commerciali ingannevoli derivanti dalla mancata informazione ai consumatori della raccolta dei dati per finalità di marketing.

¹² G. COMANDÈ, D. AMRAM, *La gestione delle informazioni dei soggetti vulnerabili, primum dignitas! Prime istruzioni alla luce del GDPR*, in *Osservatorio Giuridico Legislativo Toscana*, 1, 2020, pp. 3-6. L. FLORIDI, *Four Challenge for a Theory of Informational Privacy*, in *Ethics and Information Technology*, 2006, p. 109. Floridi afferma: «Looking to the nature of a person as being constituted by that person's information allows one to understand he right to informational privacy as a right to personal immunity from unknown undesired or unintentional changes in one's own identity as informational entity – either – collecting. Reproducing, manipulating etc one's information amounts now to stages in stealing, cloning or breeding someone else's personal identity – or passively – as breaching one's informational privacy may now consist in forcing someone to acquire unwanted data, thus altering her or his nature as an informational entity without consent».

¹³ Autorevole dottrina ha segnalato l'importanza della vulnerabilità. A. GENTILI, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, p. 41.

limite di età per prestare il consenso ‘digitale’ e informazione/linguaggio.

Nell’ambito del *GDPR* il primo livello di protezione è costituito dall’introduzione di un limite di età per prestare il consenso¹⁴. In questa logica l’art. 8 *GDPR* fissa a 16 anni il limite per prestare validamente il consenso per quanto riguarda l’offerta diretta di servizi della società dell’informazione. Tale limite di età può essere abbassato, ma non può essere in ogni caso inferiore a 13 anni, qualora gli Stati membri decidano di derogarvi con una specifica disposizione di legge. In Italia, con il D.lgs 10 agosto 2018, n. 101, di adeguamento della normativa nazionale al Regolamento europeo in materia di protezione dei dati personali, è stato fissato il limite di quattordici anni¹⁵; al di sotto dei quattordici anni il

¹⁴ Si segnala che la dottrina si è interrogata sulla natura giuridica e sull’inquadramento sistematico del consenso al trattamento dei dati personali. Prima dell’entrata in vigore del *GDPR*, e in assenza di qualsiasi previsione normativa sull’età per esprimere il consenso al trattamento dei dati, si erano formati due orientamenti. Il primo orientamento inquadrava l’atto giuridico di manifestazione del consenso al trattamento tra gli atti personalissimi connessi all’esercizio di diritti fondamentali e non delegabili (S.PATTI, *Commento all’art. 24, La protezione dei dati personali. Commentario al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (“Codice della privacy”)* (a cura di) C. M. Bianca, F. D. Busnelli, t. 1, CEDAM, Padova 2007, p. 544). Il secondo orientamento, invece, inquadrava la manifestazione del consenso tra gli atti di natura negoziale con finalità dispositiva, con la conseguente applicazione dell’art. 2, c.c., per i quali è ammesso l’esercizio per rappresentanza. Chi propende per la natura negoziale guarda ad un processo di ‘reificazione’ delle informazioni e alla qualificazione delle informazioni come veri e propri beni giuridici anche alla luce del valore economico assunto nell’economia digitale (V. CUFFARO, *Sul consenso dell’interessato*, (a cura di) V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno Zencovich, *Trattamento dei dati personali e tutela della persona*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 1998, pp. 118 e 121; V. ZENO-ZENCOVICH, *Una lettura comparatistica della L. 675/96 sul trattamento dei dati personali*, in (a cura di) V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich, *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 1998, pp. 168 ss). Se si segue l’approccio ermeneutico che privilegia l’inquadramento del consenso al trattamento dei dati personali, reso ai sensi degli articoli 6, 9 e 22 del *GDPR*, come atto negoziale e, quindi, come atto di autonomia che deve riposare su una causa lecita, si potrebbe ipotizzare un controllo sul giudizio di liceità con riferimento alla finalità del trattamento e, quindi, un controllo sulla causa e ciò anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali che guardano al dato personale in chiave patrimoniale. (S. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità sul consenso privacy*, in *Persona e Mercato*, 2022, p. 527). Si veda la decisione del Consiglio di Stato 29 marzo 2021, n. 2631. https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=cds&nrg=202001825&nomeFile=202102631_11.html&subDir=Provvedimenti

¹⁵ D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, recante il “Codice in materia di protezione dei dati personali”, integrato con le modifiche introdotte dal d.lgs. 101/2018, Art. 2-quinquies, Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell’informazione «1. In attuazione dell’articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni

consenso deve essere prestato dall'aveente responsabilità genitoriale.

Il secondo livello di protezione, che si pone in uno stretto nesso di interdipendenza con il limite di età per esprimere il consenso, è costituito dalle informazioni. L'art. 12 del *GDPR* si limita a precisare che le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 *GDPR* e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 *GDPR* e all'articolo 34 *GDPR* devono essere rese in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori¹⁶.

Sul piano comparativo possiamo analizzare i meccanismi di protezione previsti nella disciplina statunitense di protezione dei dati dei minori *Children's Online Privacy Protection Act – COPPA*¹⁷.

Al pari del modello europeo, il meccanismo di protezione è declinato sull'individuazione di un limite di età e sugli obblighi informativi¹⁸. Anche il modello statunitense individua una sorta di 'maggiore età digitale', fatta coincidere con tredici anni.

La normativa *COPPA* non vieta la raccolta dei dati ma, semplicemente, impone l'adozione di misure di sicurezza particolari per la protezione

può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale». Tra i molti commenti si segnala all'attenzione del lettore: C. CASCIONE, *Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell'informazione (Commento all'art. 2 quinquies cod. privacy)*, in (a cura di) R. D'Orazio, G. Finocchiaro, O. Pollicino, G. Resta *Codice della Privacy e Data Protection*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021, p.1035.

¹⁶ G. COMANDÈ, *Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento dei dati personali, note a margine di recenti provvedimenti sui dati personali*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 262.

¹⁷ Il testo della normativa è consultabile al seguente link: <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim>

¹⁸ 15 U.S.C. §§ 6501–6506. Per alcuni riferimenti sulla normativa COPPA: J. WAR-MUND, *Can COPPA Work? An Analysis of the Parental Consent Measures in the Children's Online Privacy Protection Act*, in 11 *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal*, (2001), p. 189. S. COBB, *It's COPPA-Cated: Protecting Children's Privacy in the Age of YouTube*, in 58 *Hous. L. Rev.* (2021), p. 972. N. L. SAVITT, *A Synopsis of the Children's Online Privacy Protection Act*, in 16 *St. John's J. Legal Comment* (2002), p. 631. E. DELANEY, *The Children's Online Privacy Protection Act and Rule: An Overview*, in 16 *St. John's J. Legal Comment.* (2002), p. 641. D. J. GARBER, *COPPA: Protecting Children's Personal Information on the Internet*, in 10 *J.L. & Pol'y* (2001), p. 129. C. A. TSCHIDER, *Meaningful Choice: A History of Consent and Alternatives to the Consent Myth*, in 22 *N.C. J.L. & Tech.* (2021), p. 671. S. M. GRIMES, *The Politics of Children's Privacy*, in 8 *Eur. Data Prot. L. Rev.* (2022), p. 14.

dei dati personali: informazioni chiare e comprensibili e acquisizione del consenso dei genitori o del tutore per i minori di anni tredici¹⁹.

La normativa *COPPA* si applica a tutti gli operatori digitali che raccolgono, utilizzano e rivelano le informazioni dei minori di anni tredici. Se vi è il consenso dei genitori i dati possono essere raccolti e trattati. Non vi è, contrariamente al *GDPR*, una diversa base giuridica per il trattamento simile al legittimo interesse del titolare.

Va segnalato che, in ogni caso, i meccanismi di protezione dei dati personali dei minori sono stati oggetto di vivaci critiche²⁰. Esistono non pochi profili problematici relativi alle modalità di verifica del consenso – e cioè che il consenso sia realmente espresso dal genitore (e non dal minore)²¹ -: nel *GDPR*, il procedimento di verifica viene rimesso solo ed esclusivamente al titolare del trattamento che deve adoperarsi ragionevolmente per verificare che il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale sul minore, in considerazione delle tecnologie disponibili. Sul piano comparativo la disciplina federale statunitense *COPPA* prevede meccanismi di verifica del consenso del genitore: «The term “verifiable parental consent” means any reasonable effort (taking into consideration available technology), including a request for authorization for future collection, use, and disclosure described in the notice, to ensure that a parent of a child

¹⁹ “The Children’s Online Privacy Protection Act, effective April 21, 2000, applies to the online collection of personal information from children under 13. The new rules spell out what a Web site operator must include in a privacy policy, when and how to seek verifiable consent from a parent and what responsibilities an operator has to protect children’s privacy and safety online”. <http://www.coppa.org/comply.htm>

²⁰ La dottrina più attenta ha sollevato perplessità in relazione al consenso quale strumento di protezione per il minore. L. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Europa e dir. privato*, 2020, p. 251. L. BOZZI, *La protezione dei dati personali del minore in ambito scolastico. Educare alla privacy. Non solo consentire al trattamento*, in (a cura di) S. Delle Monache, G. Gabrielli, *I maestri del diritto civile*. Alberto Trabucchi, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2021, p. 207. L. GATT, I.A. CAGGIANO, R. MONTANARI, *Privacy and Consent. A Legal and UX & HMI Approach for Data Protection*, Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, 2021, p. 1; L. GATT, I.A. CAGGIANO, R. MONTANARI, *Consenso al trattamento dei dati personali e analisi giuridico-comportamentale, Spunti di riflessione sull’effettività della tutela dei dati personali*, in (a cura di) P. Passaglia, D. Poletti, *Nodi virtuali, Legami informali: Internet alla ricerca di regole*, Pisa, 2016, p. 57. C. A. TSCHIDER, *Meaningful Choice: A History of Consent and Alternatives to the Consent Myth*, 22 *N.C. J.L. & Tech.* 617 (2021). S. M. GRIMES, *The Politics of Children’s Privacy*, in 8 *Eur. Data Prot. L. Rev.* (2022), p. 14.

²¹ Sul problema dell’effettività della tutela dei dati personali: S.VERGNOLLE, *L’effectivité de la protection des personnes par le droit des données à caractère personnel*, Bruylant, Bruxelles 2022, pp. 1-618.

receives notice of the operator's personal information collection, use, and disclosure practices, and authorizes the collection, use, and disclosure, as applicable, of personal information and the subsequent use of that information before that information is collected from that child (art. 9 COPPA)²².

3. *Vulnerabilità vs Incapacità. Chi sono i soggetti vulnerabili e la vulnerabilità in senso posizionale*

Nella dimensione digitale non sono solo i minori ad essere vulnerabili, a sperimentare una maggiore esposizione al rischio, mancanza di resilienza e non riuscire ad esprimere un consenso che sia reale espressione di auto-determinazione (pensiamo, ad esempio, agli infermi di mente, all'incapace ma anche a coloro che non hanno un elevato grado di alfabetizzazione (analfabeti ed analfabeti funzionali), e agli anziani non nativi digitali²³.

L'idea della protezione dei soggetti vulnerabili e della vulnerabilità necessita di essere 'tradotta' nella lingua dei diritti e dei doveri. L'esigenza culturale o sociale di protezione dei soggetti vulnerabili non è coercibile fino a quando non vi sia una fonte formale che la renda positiva. Il diritto può dare rilievo in qualche modo alla vulnerabilità se e nella misura in cui la pretesa di protezione *ex ante* e di riparazione *ex post* possa essere fatta valere²⁴.

Nella dimensione digitale la vulnerabilità non sempre e non necessariamente coincide con l'incapacità con la conseguente difficoltà di applicare i tradizionali strumenti di protezione - pensati appunto per gli incapaci - interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno (e nell'esperienza statunitense di *guardianship; limited guardianship; conservatorship*) per quei soggetti che pur sperimentando una certa 'fragilità' e maggiore esposizione al rischio non possono essere inquadrati nello

²² Sia consentito il rinvio a CUOCCI, *La protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 100.

²³ Sul problema della protezione dei dati dei soggetti vulnerabili vedi: G. MALGIERI, J. NIKLAS, *Vulnerable Data Subject*, in *Computer Law and Security Review*, 2020, pp. 2 e ss.; G. MALGIERI, *Vulnerability and Data Protection Law*, Oxford U.P., 2023. Sia consentito il rinvio CUOCCI, *La protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili*, cit., pp. 1-240.

²⁴ GENTILI, *La vulnerabilità sociale*, cit., p. 41. In buona sostanza, la pretesa implica la necessità di un dovere coercibile di non ledere e di una sanzione nel caso di lesione, solo così una pretesa diviene una situazione giuridica soggettiva rilevante per il diritto (ed evidenziando che non sempre il soggetto vulnerabile coincide con quello incapace) e la seconda ad individuare i meccanismi di protezione.

schema dell'incapacità²⁵.

Sotto il profilo metodologico nella ricerca al fine di individuare i soggetti vulnerabili è stato adottato un *labelling approach* alla vulnerabilità ed, in particolare, la c.d. vulnerabilità in senso "posizionale"²⁶ e, cioè, quella vulnerabilità che deriva da un posizionamento di soggetti all'interno di un determinato contesto, che condiziona la possibilità di azione e il modo di influire sulle loro capacità di proteggersi da rischi ed incertezze, e gestire le conseguenze collegate ai suddetti rischi ed incertezze²⁷. L'idea è quella di formulare una nozione di gruppo vulnerabile non "stereotipante" e che possa essere giuridicamente utile. La vulnerabilità, in questa prospettiva, quindi, non è collegata all'identità ma alla 'posizione' del soggetto rispetto al rischio²⁸. Si utilizza la nozione di gruppo vulnerabile in senso posizionale al fine di individuare i soggetti che sperimentano lo stesso rischio e la medesima necessità di protezione rispetto al trattamento dei dati personali in ambiente digitale: gli individui che per determinate ragioni (età- minori e anziani -; incapacità, analfabetismo) non sono in grado di percepire i pericoli della rete e di esprimere in modo consapevole il proprio consenso al trattamento dei dati (un consenso che sia espressione di autodeterminazione) e non possono esercitare i relativi diritti in cui si articola appunto la *privacy* (opposizione, cancellazione dei dati, modifica) innescando uno squilibrio tra *data controller* e *data subject*.

Utilizzando questo criterio possono individuarsi quali soggetti vulnerabili in senso posizionale: minori, incapaci, anziani ed analfabeti²⁹.

Le discipline sulla protezione dei dati personali oggetto di analisi, come evidenziato nelle pagine che precedono, introducono meccanismi di protezione solo per i minori.

Per gli altri soggetti vulnerabili, nella dimensione digitale, quali tutele si prospettano?

Con riferimento agli incapaci verifichiamo se possono essere efficaci i tradizionali strumenti di protezione quali interdizione, inabilitazione, e la più innovativa amministrazione di sostegno. Quando si parla di incapaci si deve differenziare tra soggetti totalmente incapaci per i quali dovrebbe

²⁵ J. HERRING, *Vulnerability, Childhood and the Law*, Oxford, 2018; J. HERRING, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford, 2016. B.PASTORE, *Semantica della vulnerabilità*, Giappichelli Editore, Torino 2021. Sul problema della vulnerabilità tecnologica: L. GATT, *The Contradictions of Privacy Law*, in *European Journal of Privacy Law and Tech.*, 2020, p. 7.

²⁶ Il riferimento alla vulnerabilità posizionale è tratto da F. MACIOCE, *La vulnerabilità di gruppo*, Giappichelli Editore, Torino 2021, pp. 5 e ss.

²⁷ MACIOCE, *La vulnerabilità*, cit., pp. 10 e ss.

²⁸ MACIOCE, *La vulnerabilità*, cit., p. 54.

²⁹ CUOCCI, *La protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili*, cit., p. 120.

applicarsi l'istituto dell'interdizione e soggetti parzialmente capaci. Il caso dell'incapace/interdetto rappresenta però un caso residuale: è difficilmente immaginabile che un soggetto totalmente incapace possa accedere senza controllo ai dispositivi digitali elettronici, pensiamo a chi versa in stato di coma; al totale infermo di mente.

Il vero problema emerge nel caso di soggetti la cui infermità, la cui menomazione fisica o psichica determini il ricorso alle misure dell'inabilitazione e dell'amministrazione di sostegno.

Da prendere in considerazione nella dimensione digitale è soprattutto l'amministrazione di sostegno perché più flessibile: la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato che può adottarsi l'amministrazione di sostegno anche per i casi di eccessiva prodigalità, di ludopatia³⁰ o di *shopping* compulsivo³¹ e dove per prodigalità si intende un comportamento abituale caratterizzato da larghezza nello spendere, nel regalare o nel rischiare eccessivamente rispetto alle proprie condizioni economiche ed al valore oggettivamente attribuibile al denaro indipendentemente da una sua derivazione da specifica malattia o comunque infermità, e, quindi, anche quando si traduca in atteggiamenti lucidi, espressione di libera scelta di vita, purché ricollegabile a motivi futili.

I ludopatici, come i soggetti affetti da *shopping* compulsivo, o da eccessiva prodigalità, sono da proteggere nella dimensione digitale perché un'autorizzazione al trattamento dei dati che consenta la profilazione o la cessione dei dati a terzi per esigenze di *behavioural advertising* potrebbe avere effetti negativi su questi soggetti già predisposti allo spendere denaro o acquistare in modo compulsivo. Ove si verta in queste ipotesi l'amministratore di sostegno dovrebbe autorizzare o esprimere il consenso al posto del beneficiario al trattamento dei dati personali.

Ma è anche vero che sarebbe difficilmente attuabile nella prospettiva applicativa anche perché il consenso al trattamento dovrebbe essere indicato tra gli atti per cui è necessario il consenso dell'amministratore di sostegno. E in ogni caso si dovrebbe mettere in moto davvero complesso. Inoltre, potrebbero emergere problemi relativi ai meccanismi di acquisizione e verifica del consenso, al pari di quanto è già stato evidenziato a proposito della manifestazione del consenso del genitore del minore (art. 8 *GDPR*).

Il problema che si potrebbe porre, però, nella dimensione digitale è quello di 'capire' quando una persona è soggetta ad amministrazione di sostegno e, quindi, quando il consenso al trattamento deve essere prestato

³⁰ D. PIVA, *La ludopatia da realtà diagnosticabile a realtà giudicabile*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 1, 2021, p. 159.

³¹ Cass. 13 gennaio 2017, n. 786, in *Foro it. 2017, I*, p. 1302.

dall'amministratore. Sul punto potrebbe ipotizzarsi la creazione di una sorta di registro digitale che consenta al momento della manifestazione del consenso una verifica: una piattaforma di autovalutazione, una sorta di interfaccia, che consente di accedere al sito *web* solo dopo aver risposto ad un test di autovalutazione. In caso di 'mancate risposte' o di risposte che possono generare alcuni dubbi sulla capacità del soggetto è consentito l'accesso alla versione base del sito *web* con divieto espresso di raccolta e trattamento dei dati e divieto di utilizzo di basi giuridiche come quella del legittimo interesse. Inoltre si suggerisce anche l'introduzione di un meccanismo che dovrebbe consentire all'amministratore di revocare il consenso al trattamento dei dati personali quando il consenso al trattamento sia stato conferito in modo 'fraudolento' dal beneficiario riuscendo a superare i meccanismi di controllo.

Con riferimento all'anziano, autosufficiente e privo di patologie, la situazione diviene molto delicata perché l'istituto dell'incapacità non è applicabile ad un soggetto che per via dell'età, perché non nativo digitale, e per la sua scarsa dimestichezza con la dimensione tecnologica non è in grado di capire bene i rischi derivanti dal consenso al trattamento del dato. Si potrebbe certo ricorrere all'amministrazione di sostegno, ma va segnalato che i Giudici sono tendenzialmente restii ad utilizzarla per gli anziani che non presentino patologie: si è respinta la domanda di nomina di un amministratore di sostegno per una donna ultranovantenne, priva di patologie ma con difficoltà uditive, ribadendo il principio secondo cui non ogni situazione di bisogno comporta la necessità di "istituzionalizzare una figura di assistente"³².

Le medesime considerazioni possono essere svolte per l'analfabeta e per l'analfabeta funzionale: in questi casi difficilmente potrebbe ipotizzarsi un ricorso all'amministrazione di sostegno perché ci troviamo, come detto, dinanzi a soggetti privi di patologie e/o alterazioni del normale stato funzionale dell'organismo. Anche a proposito dell'analfabeta la Corte di Cassazione ha sottolineato che la semplice condizione di analfabetismo non può giustificare il ricorso all'amministrazione di sostegno³³.

Per questi soggetti dobbiamo perciò immaginare meccanismi diversi.

³² Trib. Vercelli 16 ottobre 2015.

³³ Cass. 28 febbraio 2018, n. 4709, in *Foro it.*, 2018, I, 1628, in *Vita not.*, 2018, 735. La decisione è pubblicata anche in <https://www.ambientediritto.it/dottrina/analfabetismo-e-amministrazione-di-sostegno/>, con nota di G. A. Ferro, *Analfabetismo e amministrazione di sostegno*. Così la massima "Posto che l'amministrazione di sostegno, in quanto misura limitatrice dell'autonomia personale, presuppone l'accertamento di alterazioni della capacità, obiettivamente verificabili, derivanti da patologia o comunque da menomazioni incidenti sulla sfera psico-fisica e tali da privare in tutto o in parte la persona della capacità di provvedere in autonomia alla cura dei propri interessi, nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, non può essere istituita sul mero presupposto dell'analfabetismo dell'interessato".

4. Supported Decision Making Agreement(s) e meccanismi privatistici di 'supporto' alle scelte consapevoli. Una possibile soluzione per la protezione dei soggetti vulnerabili nella dimensione digitale?

L'analisi comparativa mostra un peculiare meccanismo privatistico di 'supporto' alle decisioni di una persona vulnerabile, che non presenta un grado di disabilità/infermità tale da essere considerata incapace: il *Supported Decision Making Agreement (SDM Agreement)*³⁴. Il *SDM Agreement* è ampiamente ispirato all'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla Disabilità e tenta di promuovere il diritto di compiere scelte anche per i soggetti con lieve disabilità ed è stato adottato in alcuni Stati degli Stati Uniti. Il soggetto da supportare - *decider* - conserva la propria capacità, che dunque non viene assolutamente limitata: non vi è un sostituto che compie l'atto nell'interesse della persona da supportare, ma vi è la promozione, appunto, di meccanismi che operano sul piano privatistico che possano aiutare il c.d. *decider* a compiere le scelte in modo consapevole ed informato anche in una prospettiva di educazione digitale.

Il *Supported Decision Making Agreement (SDM)* si fonda sull'idea che la maggior parte delle persone prende decisioni consultandosi con amici, familiari, servizi sociali, organizzazioni della comunità e/o altre fonti di supporto per valutare i *pro* e i *contra* di una decisione, per rivedere i potenziali risultati per acquisire informazioni e finalmente fare una scelta.

Molti Stati negli Stati Uniti hanno approvato la normativa su *SDM Agreement*; altri Stati sono in procinto di approvare normative sul "*supported decision-making*"³⁵.

Degna di nota è la normativa dello Stato del Texas dove i c.d. *SDM Agreements* sono stati regolati in una logica funzionale a supportare un soggetto che necessita di assistenza, ma non può essere qualificato come incapace³⁶.

Il *SDM Agreement* pur avendo dei confini ben strutturati è flessibile così da adattarsi alle diverse situazioni ed esigenze di un individuo ma anche al tipo di vulnerabilità.

³⁴ In tema possono segnalarsi: N. A. KOHN, *Legislating Supported Decision-Making*, in 58 *Harv. J. on Legis* (2021), p. 313 N. A. KOHN, J. A. BLUMENTHAL, A. T. CAMPBELL, *Supported Decision-Making: A Viable Alternative to Guardianship*, in 117 *Penn St. L. Rev.* (2013), p. 1111. J.MARTINIS, J.HARRIS, P.BLANCK, *State Guardianship Laws and Supported Decision-Making in the United States After Ross and Ross v. Hatch: Analysis and Implications for Research, Policy, Education, and Advocacy*, *Journal of Disability Policy Studies*, 2021, p. 1 .

³⁵ In California di recente è stato approvato il *SDM: Supported Decision-Making State Legislation & Statutes*: A.B. 1663, 2022 Reg. Sess. (Cal. 2022)

³⁶ <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/ES/htm/ES.1357.htm>

Esistono diverse tecniche di *SDM*: ma la sua struttura portante è costituita dalla formalizzazione di un vero e proprio *accordol/agreement* tra la persona ‘*supported*’ – chiamata *decider* (con una disabilità lieve tale da non dover ricorrere alla *guardianship/limited guardianship/conservatorship*) e la persona di fiducia - chiamata *supporter*- che deve appunto consigliare e supportare la persona con lieve disabilità ³⁷.

La persona con disabilità su base volontaria e senza coercizione o indebito condizionamento può concludere un *SDM agreement* con il ‘*supporter*’. Il *Supported Decision Making Agreement* deve essere sottoscritto dal ‘*supporter*’ e dall’adulto con forma lieve di disabilità in presenza di due testimoni o in presenza di un *public notary*. Il ‘*supporter*’, sulla base del *SDM agreement*, non deve compiere atti nell’interesse della persona ‘*supported*’, ma deve aiutarla nel compiere le scelte, assisterla nella comprensione delle opzioni, delle responsabilità e delle conseguenze delle decisioni; assisterla nell’accesso, nella raccolta di informazioni rilevanti per una determinata decisione di vita, inclusi documenti medici e finanziari; assisterla nella comprensione delle informazioni.

Il soggetto *supported* identifica le aree in cui sente il bisogno di assistenza decisionale - assistenza sanitaria, occupazione, relazioni, finanze, ecc. - e il tipo di supporto di cui ha bisogno. L’individuo sceglie i sostenitori di cui si fida ed i sostenitori si impegnano a fornire informazioni.

Il contenuto del *SDM Agreement* è disciplinato dalla legge così come gli obblighi ed i doveri del ‘*supporter*’³⁸.

Il soggetto *supporter* è tenuto al rispetto di doveri fiduciari elencati nel modulo previsto dalla Sezione 1357.056(a), indipendentemente dal fatto che tale modulo sia utilizzato per l’accordo decisionale assistito e nello specifico deve agire in buona fede; agire nei limiti previsti dall’accordo; agire lealmente ed evitare conflitti di interesse.

Il rapporto che si instaura quindi è basato sulla fiducia (la normativa del Texas utilizza il rafforzativo *trust and confidence*).

Il *SDM Agreement* ha una struttura ibrida perché pur trattandosi di un *agreement* - e quindi un strumento di tipo privatistico - in realtà il contenuto, volto ad inquadrare con rigore gli obblighi del *supporter*, è definito dalla legge, per via della peculiarità degli interessi coinvolti e le

³⁷ Il *monitor* ha il compito di vigilare che il *supporter* si comporti in modo onesto e non tragga in inganno (dal punto di vista economico finanziario) la persona che chiede il supporto. Il *monitor* ha l’obbligo di segnalare all’ *Adult Protective Services* eventuali abusi del *supporter*.

³⁸ D. ZHANG *et al.*, *A Call to Society for Supported Decision-Making: Theoretical and Legal Reasoning*, in 28 *J. Child & Fam. Stud.* (2019), p. 1084.

sanzioni non operano sul piano ‘privatistico’ dell’inadempimento o *breach* ma su quello penalistico.

Nel modello *SDM Agreement* non è previsto un ‘controllo’ da parte dei Giudici sull’attività posta in essere dal ‘*supporter*’ come accade nella *guardianship/limited guardianship*, ma al fine di evitare abusi o comportamenti opportunistici nella prassi sono nominati una pluralità di ‘*supporters*’ per un ‘controllo’ incrociato. Inoltre nel caso in cui il *decisor* chieda assistenza al *supporter* per questioni economiche è prevista la nomina di un soggetto terzo definito ‘*monitor*’.

Le parti – il soggetto *decisor* e il *supporter* – possono, in qualsiasi momento, porre fine al *SDM Agreement* o modificare i termini del *SDM Agreement* (ridurre o ampliare l’area di supporto: ad esempio solo informazioni mediche). Il *SDM Agreement* viene sciolto automaticamente in caso di abuso da parte del *supporter* o nel caso in cui il *supporter* abbia tenuto una condotta penalmente rilevante (perché ha abusato o sfruttato la propria posizione a danno della persona *supported*).

Inoltre, sempre in una logica di protezione della persone con disabilità, è previsto che i terzi, che vengono a conoscenza dell’esistenza di un *SDM Agreement* ed hanno motivo di ritenere che l’adulto con disabilità sia oggetto di abusi, trascuratezza o sfruttamento da parte del *supporter*, debbano segnalare il presunto abuso, negligenza o sfruttamento al Dipartimento per la famiglia e i servizi di protezione.

Inoltre va segnalato che la Uniform Law Commission (ULC), National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) ha adottato un documento, denominato *Uniform Guardianship Conservatorship and other protective arrangements* che riconosce formalmente il *SDM Agreement* quale soluzione meno restrittiva rispetto alla *guardianship*. Nel documento appena menzionato si fa riferimento all’utilizzo del *SDM Agreement* per supportare i minori vulnerabili e adulti anche con riferimento alla “*technological assistance*”³⁹.

L’idea sottesa a questa ricerca è quella di estendere il c.d. *SDM Agreement* ai soggetti vulnerabili, come anziani ed analfabeti. A conferma di

³⁹ UNIFORM GUARDIANSHIP, CONSERVATORSHIP, AND OTHER PROTECTIVE ARRANGEMENTS ACT drafted by the NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS and by it APPROVED AND RECOMMENDED FOR ENACTMENT IN ALL THE STATES. Il documento aggiornato è reperibile al seguente sito: https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?attachments=&communitykey=2eba8654-8871-4905-ad38-aabbd573911c&libraryentry=ed937fe4-e356-48c5-9bf8-dce7511b856c&pageindex=0&pagesize=12&search=&sort=most_recent&viewtype=card

questa idea può rilevarsi che negli Stati Uniti vi è una tendenza ad estendere questo strumento anche ai c.d. *older adults* e più in generale ai soggetti vulnerabili e non solo a coloro che presentano un elevato grado di disabilità⁴⁰.

Si potrebbe ipotizzare una circolazione del modello '*Supported Decision Making Agreement*' in Europa per gestire le problematiche connesse ai soggetti vulnerabili nel settore della *privacy* nella dimensione digitale. Il *SDM Agreement* pur non essendo pensato per la dimensione digitale potrebbe consentire a persone vulnerabili – maggiormente esposte ai rischi - in determinati contesti di essere aiutate e supportate nel compiere alcune scelte in modo informato e consapevole. Il *supporter* potrebbe aiutare il soggetto '*supported*' - es.: anziani, analfabeti - ma anche coloro che dovrebbero essere sottoposti ad amministrazione di sostegno ma ancora non vi è un provvedimento (es ludopatico) - nella comprensione delle informazioni, delle conseguenze derivanti dal trattamento dei dati e dei rischi legati alla dimensione digitale ed anche dei relativi diritti in cui si estrinseca la *privacy* (cancellazione, modifica, revoca del consenso) anche in una prospettiva di educazione digitale.

E lungo questo sentiero si può notare che la dottrina statunitense ha sottolineato che il *SDM Agreement* può costituire una forma di 'supporto' alle decisioni anche sotto il profilo 'tecnologico' e cioè per quei soggetti che per qualsiasi ragione non sono in grado di gestire appunto la vita 'tecnologica'⁴¹.

Il meccanismo privatistico appena descritto per via della sua flessibilità e duttilità potrebbe adattarsi alle problematiche relative alla tutela dei dati personali dei soggetti vulnerabili in ambiente digitale.

L'idea alla base della ricerca è quella di contribuire al dibattito sulla protezione dei dati personali dei soggetti vulnerabili nel tentativo di tracciare le coordinate di un sistema che riesca a trovare un equilibrio tra uomo e tecnologia, dove venga recuperata la dignità dei soggetti vulnerabili, appunto, nella dimensione digitale⁴².

⁴⁰ Nel 2014 Il Dipartimento per la Salute e servizi alla persona ha creato un fondo per sostenere la ricerca ed il miglioramento del modello SDM con lo scopo di promuovere il diritto di compiere scelte per i soggetti con lieve disabilità e per gli stessi anziani attraverso una strategia combinata che va dalla condivisione delle informazioni, assistenza tecnica, training. Inoltre sempre nel 2014 è stata intrapresa una riforma del UGCOPAA *Uniform Guardianship Conservatorship and other protective arrangements* riconosce formalmente il *SDM Agreement* quale soluzione meno restrittiva rispetto alla guardianship.

⁴¹ R. DILLER, *Legal Capacity for All: Including Older Persons in the Shift from Adult Guardianship to Supported Decision-Making*, in 43 *Fordham Urb. L.J.* (2016), p. 495.

⁴² GENTILI, *La vulnerabilità sociale*, cit., p. 41. «Perché dobbiamo tutelare i soggetti vulnerabili? La risposta sarebbe troppo lunga per contenerla nella pagina finale. Il lettore perciò voglia accontentarsi di questa risposta: perché le vulnerabilità impediscono alle persone di rialzare la testa, ma la dignità dell'uomo impedisce di chinarla».

ABSTRACT

The digital dimension – the use of digital platforms, social media, smart tools - has increased the risks in terms of discrimination, surveillance, target advertising for vulnerable people, who are not always able to express their consent to data processing, and to exercise the related rights. The research points out that the notion of 'vulnerable subject' in the digital dimension does not necessarily coincide with that of 'soggetto incapace'. Hence the need to identify the category of vulnerable subject in the digital dimension and identify mitigation measures.

This research embraces the idea of the labelling approach to vulnerability and, in particular, uses the notion of 'positional vulnerability', to 'identify' vulnerable subjects in the digital dimension. According to the so called 'positional vulnerability', the subject's afference to the group does not depend on the individual's identity but on the subject's position in relation to the risk context (in our case the digital dimension) and the actions that are precluded or restricted and the lack of resilience.

The comparative analysis shows a privatistic tool - to the so-called SDM agreement featured in both the U.S. and Canadian experience - to support the vulnerable person's decisions and suggests a 'legal transplant' in Italy.

The SDM Agreement, inspired by the Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), is a 'privatistic' tool that allows people with disabilities to retain their decision-making capacity by choosing supporters to help them make choices and it could be a viable alternative to guardianship and to limited guardianship.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; Data Protection; Vulnerability; Supported Decision Making Agreement (SDM).

Michaela Giorgianni

*Una mappatura del contratto “sostenibile”
nell’era del Green New Deal*

SOMMARIO: 1. La stagione della sostenibilità – 2. Il diritto privato sostenibile nel contesto del *Green New Deal* – 3. Alcuni caratteri del contratto sostenibile. – 4. Sostenibilità “competitiva” e sostenibilità “con lo Stato” – 5. Il nuovo fascismo di Pier Paolo Pasolini e il ruolo del giurista.

1. *La stagione della sostenibilità*

Stiamo vivendo da qualche tempo la “stagione della sostenibilità”, che ha oscurato i traguardi conseguiti dal movimento ambientalista del secondo dopoguerra¹ per rendere tutto “sostenibile”, tanto che si è parlato di un *sosteniblablaba*². Una stagione che si fa partire solitamente negli anni Ottanta, in particolare con la definizione di “sviluppo sostenibile” contenuta nel Rapporto Brundtland *Our Common Future*³.

Sostenibilità e sviluppo sostenibile non sono, tuttavia, termini interscambiabili e devono essere tenuti distinti. La storia della sostenibilità, del resto, è stata oggetto di studi approfonditi proprio per spiegarne il percorso evolutivo. Così J.L. Caradonna⁴ è partito dall’opera *Sylva* dell’inglese John Evelyn⁵, che affronta la questione della deforestazione e

¹ Si veda E. GRIFFITH SPEARS, *Rethinking the American Environmental Movement post-1945*, New York 2020.

² Così R. ENGELMAN, *Beyond Sustainable*, in «State of the World 2013: Is Sustainability Still Possible?», Worldwatch Institute, 2013, p. 3, il quale, nel discutere se sia ancora possibile ridare un senso alla “sostenibilità”, osserva come il termine sia diventato un “sinonimo dell’aggettivo verde, altrettanto vago ed elusivo”, che allude a un valore ambientale non determinabile.

³ *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 20 March 1987.

⁴ J.L. CARADONNA, *Sustainability. A History*, Oxford University Press 2014, pp. 7 ss. Si veda anche U. GROBER, *Die Entdeckung der Nachhaltigkeit. Kulturgeschichte eines Begriffs*, München 2010.

⁵ J. EVELIN, *Sylva, or a Discourse of Forest-Trees, and the Propagation of Timber in His*

le conseguenze per le future generazioni. Per poi passare all'area germanica con Hans Carl von Carlowitz e la sua *Sylvicultura Oeconomica*⁶, che contiene una critica allo sfruttamento delle risorse boschive e ritiene necessario garantirne un "uso continuo, durevole e sostenibile"⁷.

In realtà, una concezione più complessa di sostenibilità ha cominciato a delinearsi in termini più chiari a partire dal 1972, quando è stato pubblicato un *Rapporto sui limiti dello sviluppo* del pianeta, commissionato dal Club di Roma a un team del MIT sotto la direzione di Dennis Meadows⁸. Il *Report* ha aperto un dibattito sulle conseguenze della continua "crescita della popolazione mondiale, dell'industrializzazione, dell'inquinamento, della produzione di cibo e dello sfruttamento delle risorse sull'ecosistema terrestre"⁹. Ciononostante, il gruppo di lavoro ha mantenuto una visione ottimista, ritenendo che fosse "possibile modificare i tassi di sviluppo e giungere a una condizione di stabilità ecologica ed economica, sostenibile anche nel lontano futuro"¹⁰. Nel giugno dello stesso anno, come è noto, si è svolta a Stoccolma anche la prima Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano. La Dichiarazione finale, se evidenzia un approccio antropocentrico alla tutela della natura¹¹, costituisce in ogni caso la presa d'atto ufficiale del rapporto che lega gli aspetti ambientali con quelli economici e sociali¹².

Ma è soltanto nel 1980 che compare l'espressione "sviluppo sostenibile" in un documento sulla *World Conservation Strategy*, redatto dall'*International Union for Conservation of Nature and Natural Resources* (IUCN) con la

Majesty's Dominions, 1664.

⁶ H.C. VON CARLOWITZ, *Sylvicultura Oeconomica, oder Haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur Wilden Baumzucht*, Leipzig Verlag 1713, pp. 105 s.

⁷ Per l'esperienza francese v. K. MATTESON, *Forests in Revolutionary France. Conservation, Community, and Conflict, 1669-1848*, New York 2015, a partire dall'*Ordonnance "sur le fait des Eaux et Forêts"* adottata da Louis XIV dietro impulso di Jean-Baptiste Colbert nell'agosto 1669 (in part. pp. 32 ss.).

⁸ D.H. MEADOWS, D.L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS III, *The Limits to Growth. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York 1972.

⁹ *Ivi*, p. 23.

¹⁰ *Ivi*, p. 24.

¹¹ Il Primo Principio stabilisce che "l'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere, ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future".

¹² Si vedano anche i Principi 15 e 18. Cfr. B. Pozzo, *Sustainable Development*, in S. Baldin, S. De Vido (eds.), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Trieste 2020, pp. 12 ss.

consulenza, la cooperazione e l’assistenza finanziaria di *United Nations Environment Programme* (UNEP) e *World Wildlife Fund* (WWF)¹³. L’obiettivo della *World Conservation Strategy* è quello di contribuire al raggiungimento di uno sviluppo sostenibile attraverso la conservazione delle risorse viventi. Più in particolare, è quello di mantenere i processi ecologici essenziali, preservare la diversità genetica e garantire l’utilizzo sostenibile delle specie e degli ecosistemi. E, nel definire nell’Introduzione lo sviluppo “sostenibile”, considera “i fattori sociali ed ecologici così come quelli economici”, “le risorse viventi e non viventi”, nonché “i vantaggi e gli svantaggi a lungo e a breve termine di azioni alternative”¹⁴.

Il punto di arrivo del percorso si rinviene, infine, nel Rapporto *Brundtland* intitolato *Our Common Future* (1987), in cui la *World Commission on Environment and Development* ha definito lo “sviluppo sostenibile”, così come viene ancora oggi inteso: “uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri”. Non si disconosce l’esistenza di limiti, ma si ritiene che gli uomini siano in grado di migliorare lo stato della tecnica e dell’organizzazione sociale in modo da aprire la strada a “una nuova era di crescita economica”¹⁵. Nel 1989 il Rapporto è stato poi discusso all’Assemblea generale delle Nazioni Unite, che ha deciso di organizzare una Conferenza sull’ambiente e lo sviluppo (UNCED) a Rio de Janeiro (1992)¹⁶.

D’altra parte, una forte critica al concetto di sviluppo sostenibile si è alzata già in quegli anni. In occasione di un Seminario internazionale di studio, tenutosi all’Università di Padova il 30 settembre 1998, infatti, Serge Latouche è intervenuto per discutere sul paradosso dell’economia ecologica e sull’impostura dello sviluppo sostenibile¹⁷. Mentre “sostenibilità” significa

¹³ *World Conservation Strategy. Living Resource Conservation for Sustainable Development*, prepared by the International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, 1980, in [www.iucn.org].

¹⁴ Come già evidenziato da A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra. Democrazia, capitalismo e protezione della natura nell’antropocene*, in «DPCE online», Sp-2/2023 Convegno DPCE Caserta 2022, pp. 275 ss., 300 s.

¹⁵ *Our Common Future*, cit., p. 16 ss.

¹⁶ I risultati dell’*Earth Summit* sono rifluiti, con riguardo allo sviluppo sostenibile, nella Dichiarazione di Rio sull’Ambiente e lo Sviluppo. Sull’evoluzione del diritto internazionale dell’ambiente sino all’Agenda 2030 (*Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, prodotto durante la Conferenza di Rio de Janeiro del 2012), si vedano anche S. BALDIN, *La sostenibilità ecologica e i principi eco-giuridici per la salvaguardia del sistema Terra*, in «Rivista di Diritti Comparati», 2022, pp. 239 ss.; A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra*, cit., pp. 290 ss.

¹⁷ S. LATOUCHE, *Il paradosso dell’Economia ecologica e lo sviluppo sostenibile come ossimoro*,

che “l’attività umana non deve creare un livello di inquinamento superiore alla capacità di rigenerazione dell’ambiente”, lo “sviluppo sostenibile” rappresenta in realtà un “ossimoro”, una “contraddizione in termini”, perché lo sviluppo è “l’occidentalizzazione del mondo”, è “legato al programma della modernità” e non può che essere contrario alla sostenibilità. Si tratta di “sfruttare, di trarre profitto dalle risorse naturali e umane”. Di conseguenza, qualificare “sostenibile” lo sviluppo è soltanto un modo per mascherare un’economia di impronta neoliberale¹⁸ con la componente ecologica. In questo modo, però, anche l’impiego dell’espressione “sostenibilità” corre spesso il rischio di essere associata alla strategia di *greenwashing* e *social washing* e può costituire, quindi, un pericoloso strumento di *marketing*.

2. Il diritto privato sostenibile nel contesto del Green New Deal

Negli ultimi tempi sono state presentate, come è noto, proposte più o meno radicali per un *Green New Deal*, che si occupano dell’attuale crisi economica, ambientale e sociale, e ricercano una profonda trasformazione del sistema, ma non riescono ad allontanarsi dal mito della crescita e finiscono per rappresentare delle semplici varianti del capitalismo “verde”. Invero, mantenendo le strutture di base dell’economia capitalista si limitano a perseguire un progetto di crescita *green*, destinato ugualmente a raggiungere i limiti planetari senza risolvere il problema della stabilizzazione climatica.

L’idea di un *Green New Deal* fa evidente riferimento alla *Great Depression* degli anni Trenta e al sostanziale riordino dell’economia operato con il *New Deal* rooseveltiano, con il quale erano stati previsti anche molti provvedimenti di riqualificazione ambientale e di razionalizzazione nell’uso

Intervento del 30 settembre 1998 al Seminario internazionale di studio dell’Università di Padova, in [www.edscuola.it].

¹⁸ Per uno studio approfondito sulle origini e sugli elementi caratterizzanti il neoliberalismo si rinvia in generale agli scritti di Alessandro Somma e, di recente, al suo *Il neoliberalismo progressista e i suoi critici. Un dibattito su redistribuzione, riconoscimento e anticapitalismo*, in «Politica & Società», 2022, pp. 163 ss. In particolare, con neoliberalismo si intende “una teoria dell’azione dello Stato, chiamato a impedire che dal fallimento del liberalismo economico derivi il superamento del capitalismo”; “i pubblici poteri sono sempre e comunque chiamati a operare come mano visibile del mercato: a tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato, e a monte a deviare da esse solo nella misura necessaria e sufficiente a prevenire o risolvere i fallimenti del mercato o eventualmente a neutralizzare il conflitto sociale”. E “se lo Stato non promuove attivamente il funzionamento” dei mercati, “questi sono inesorabilmente condannati all’autofagia: non sono storicamente possibili” (pp.168, 175).

delle risorse collegati alla lotta alla disoccupazione e al miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori. Un primo esempio di *Grüner New Deal* compare in Germania nel dibattito politico già alla fine degli anni Ottanta. Il termine serviva a caratterizzare un nuovo approccio riformista delle correnti di sinistra all’interno del partito *die Grünen*¹⁹. Il riorientamento socio-ecologico dei *Grünen* (*Neumünsteraner Erklärung*) si fondava proprio sull’idea di un *New Deal* ecologico. Il collegamento tra ecologia e politica di redistribuzione doveva, inoltre, gettare le basi per una coalizione tra socialdemocratici progressisti, socialisti e verdi²⁰. Più recente la proposta di un *Green New Deal* da parte del gruppo britannico *The Green New Deal Group*, che risale ai tempi della crisi economica degli anni 2007-2009. La proposta, in particolare, ha tentato di collegare le idee e le preoccupazioni keynesiane con i nuovi interessi dei movimenti ecologici²¹.

Ma, in realtà, la questione ha attirato l’attenzione soltanto con il programma statunitense per un *Green New Deal*²² presentato nel febbraio 2019 dai democratici Alexandria Ocasio-Cortez e Ed Markey. Il *GND* intende affrontare il cambiamento climatico, creare posti di lavoro ben retribuiti, combattere le disuguaglianze e sostenere le fasce più vulnerabili della popolazione. In base al nuovo piano d’azione decennale, in particolare, l’odierna crisi climatica richiede una profonda trasformazione dell’economia e solidi investimenti per realizzarla. Ancora, il *Democracy in Europe Movement 2025* (DiEM25), fondato nel 2016 dall’allora ministro delle finanze greco Yanis Varoufakis, si descrive come un movimento progressista paneuropeo. La campagna *Green New Deal for Europe*, lanciata nell’aprile 2019, e la sua *Roadmap* mirano così a “democratizzare l’Unione Europea” e a sfidare il capitalismo orientato alla crescita e al profitto²³. Contengono un Piano per una transizione giusta dell’Europa con proposte politiche dettagliate per una trasformazione radicale dell’economia, per garantire obiettivi di giustizia sociale e la salvaguardia della natura.

L’impiego del termine è diventato, tuttavia, più controverso, come è dimostrato dal suo adattamento da parte della Commissione europea.

¹⁹ W. BRÜGGEN, K. DRÄGER, *Die Zukunft der Grünen*, in *Utopie kreativ*, 1991, pp. 48 ss.

²⁰ W. BRÜGGEN, *Grüner New Deal*, in «HKWM», 5, 2001, pp. 1063 ss.

²¹ Green New Deal Group, *A Green New Deal*, London, 2008; UNER, *A Global Green New Deal: Policy Brief*, 2009.

²² *Recognizing the duty of the Federal Government to create a Green New Deal*, H. Res. 109 – 116th Congress (2019-2020), February 7, 2019.

²³ D. ADLER, P. WARGAN, S. PRAKASH (Hg.), *Roadmap. Für Europas sozial-ökologische Wende*, *The Green New Deal for Europe*, 2019; D. ADLER, P. WARGAN, *10 Säulen des Green New Deals für Europa*, 2019, in [www.gndforeurope.com]; [www.diem25.org].

L'*European Green Deal*²⁴, il programma del dicembre 2019 per rendere sostenibile l'economia dell'Unione Europea, ha omesso infatti il termine *new*, prendendo le distanze dal programma del *New Deal* e dagli obiettivi redistributivi per orientarsi a "una nuova strategia di crescita", diretta a supportare un'economia climaticamente neutra, "moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva"²⁵. Questo programma si colloca chiaramente nella tradizione della *green economy* e della crescita *green*: più che dettare una regolamentazione ha insistito su misure per incentivare le imprese e gli interventi minimi operati sono diretti a una pacificazione²⁶. L'Unione Europea intende così far "guadagnare tempo" al capitalismo²⁷ e sopravvivere ai cambiamenti senza imprimere svolte al tradizionale modo di produrre e consumare.

In questo contesto si sono moltiplicati i convegni e gli studi sul diritto privato sostenibile²⁸. Si discute se e quale possa essere l'apporto del diritto privato nella transizione a un sistema più sostenibile e se le finalità ecologiche possano o meno costituire una limitazione della libertà di iniziativa economica dei privati. Ebbene, se non mancano analisi anche meno recenti che riflettono l'impiego del diritto privato per perseguire il fine della conservazione della natura²⁹, è proprio nell'ultimo decennio che si è registrato un aumento considerevole degli scritti sul diritto privato "ecologico" e "sostenibile". Oltre al tema del danno ambientale e della responsabilità civile, si guarda alle transazioni e al consumo privato,

²⁴ *The European Green Deal*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2019) 640final dell'11 dicembre 2019.

²⁵ COM(2019) 640final, cit., p. 2ss.

²⁶ Sull'Unione Europea come dispositivo neoliberale si veda A. SOMMA, *Quando l'Europa tradi se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Bari-Roma 2021.

²⁷ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano 2013.

²⁸ Da ultimo J.-E. SCHIRMER, *Nachhaltiges Privatrecht*, Tübingen 2023. Si veda già M. Pennasilico (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli 2014.

²⁹ Cfr. J.W. GERLACH, *Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrecht*, Berlin 1989; M. KUEHN, *Umweltschutz durch Privatrecht*, Peter Lang 2007; J. KLASS, *Ökologische Analyse des zivilen Schadensrechts. Art und Umfang der Ersatzleistung für ökologische Schäden nach geltendem Privatrecht*, Hamburg 2003. In particolare, la specificazione delle conseguenze giuridiche della domanda risarcitoria è importante per l'effetto preventivo ormai da tempo attribuito alla disciplina della responsabilità ambientale. E l'analisi ecologica del diritto della responsabilità civile offre un aiuto soprattutto nell'interpretazione del diritto e nell'individuazione dei criteri decisionali. Cfr. anche B. Pozzo, *Danno ambientale ed imputazione della responsabilità. Esperienze giuridiche a confronto*, Milano 1996.

responsabile di un’alta percentuale di emissione di gas serra³⁰, discorrendo ormai sempre più spesso di passare a un consumo “responsabile” e “sostenibile”³¹.

Più in generale, recenti discussioni si sono incentrate sulla necessità di ricercare un *new private law*³² e si è avvertita l’esigenza di riformare il codice civile, con spinte non unidirezionali ma dirette a una maggiore giustizia e solidarietà³³. In Francia, in particolare, il *Code civil* ha accolto alcune tutele in ambito ambientale³⁴ e la dottrina ha evidenziato così il ruolo occupato dall’ambiente nel riformato codice, tanto da discorrere di un *Code pour l’environnement*³⁵.

Ma sono ancora poche le voci che auspicano un radicale cambiamento del sistema. Ricordo quanto recentemente affermato da Ugo Mattei insieme ad Alessandra Quarta, che sperano in “una società in cui i rapporti privatistici sono ispirati anche da nuovi valori”, dalla tutela dell’ambiente

³⁰ Si ricorda quanto osservato dal *Bundesverfassungsgericht* nella nota decisione sul *Klimaschutzgesetz*, BVerfG, Beschluss v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, in *NJW*, 2021, p. 1723 ss., Rd. 37: “...l’odierno stile di vita comporta che quasi ogni comportamento sia direttamente o indirettamente collegato all’emissione di CO2”.

³¹ In ambito europeo, si veda specialmente l’Agenda dei consumatori, *Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, 13 novembre 2020, COM (2020) 696 final, e l’opportunità di prevedere dei rimedi più “sostenibili” in materia di diritto contrattuale dei consumatori.

³² Cfr. le novità in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ, M. RENNER, *New Private Law Theory*, Cambridge University Press 2021.

³³ Per la nostra esperienza si può vedere il Disegno di legge, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri (Conte) di concerto con il Ministro della giustizia (Bonafede), comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019: Delega al Governo per la revisione del codice civile (n. 1151). Altre esperienze giuridiche hanno provveduto recentemente a una riforma del loro codice civile. È ovvio il riferimento soprattutto alla *Schuldrechtsmodernisierung* del *BGB* (2002) e alla riforma del *Code civil* (2016). A quest’ultimo riguardo U. MATTEI, *Ideologie e tecniche per la ricodificazione del diritto privato*, in «Cardozo Electronic Law Bulletin», 2019, pp. 1 ss., 3, ha osservato come la recente attenzione del legislatore italiano per il codice civile “sembra allinearsi ad altri paesi, (Germania e Francia, solo per citare gli esempi più noti) nel metter mano a importanti ricodificazioni interne attraverso progetti di riforma che parrebbero riflettere scelte economiche neoliberali. Così, per esempio, il superamento della causa nel diritto francese delle obbligazioni rappresenta un’operazione ispirata dall’intenzione di rendere il sistema più attrattivo per le imprese e, quindi, ancora una volta market friendly”.

³⁴ Si fa riferimento alla disciplina sul risarcimento del *préjudice écologique* (artt. 1246-1252), nonché all’obbligo per la società di prendere in considerazione le implicazioni sociali e ambientali della propria attività (art. 1833, 2° comma).

³⁵ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le Code civil, un code pour l’environnement*, Paris 2021.

al consumo critico e alla produzione sostenibile, dalla lotta contro le disuguaglianze agli interessi collettivi, e con “soluzioni giuridiche fuori dal mercato” o “di un *altro modo* di intendere il mercato”. Questo perché non si può “ridurre il diritto a mera copertura formale di imperativi di riproduzione del capitale”. Con l’auspicio, quindi, che il dibattito conduca a una riforma che porti “gli interessi dei più deboli, dell’ambiente e delle generazioni future al cuore del codice civile”³⁶.

3. Alcuni caratteri del contratto sostenibile

Discutere sulla possibilità o meno di un ripensamento del diritto privato e, in particolare, del diritto contrattuale in cerca di un nuovo paradigma giuridico potrebbe costituire solo il risultato di una politica del diritto diretta ad appoggiare pratiche neoliberali. Nel delineare alcuni caratteri della figura del contratto “sostenibile” il presente studio intende allora riflettere in modo critico sulla questione se il contratto possa essere un utile strumento per affrontare l’attuale crisi del sistema e se nella sua nuova veste “sostenibile” possa rappresentare una effettiva limitazione dell’autonomia dei privati.

In realtà, non è ancora molto frequente l’impiego dell’espressione “sostenibilità” nell’ambito del diritto dei contratti. Fra le prime definizioni che si rinvencono di contratto “sostenibile”, esso è considerato una traduzione giuridica degli obiettivi dello sviluppo sostenibile, che realizza il complesso delle finalità perseguite dalle norme relative alla responsabilità sociale d’impresa: sarebbe quello che “nel suo oggetto e nelle sue modalità di esecuzione concilia gli aspetti economici, sociali e ambientali al fine di favorire la protezione dei diritti fondamentali e dell’ambiente”³⁷.

Ma solitamente la sostenibilità, per qualificare il contratto o le clausole

³⁶ U. MATTEI, A. QUARTA, *Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in «giustiziacivile.com», 7 maggio 2020, pp. 8 ss.

³⁷ Y. QUEINNEC, *Le contrat durable. Contours du concept et pistes d’exploration*, Sherpa 2010, p. 2 (testo poi pubblicato in I. Daugareilh (dir.), *Responsabilité sociale de l’entreprise transnationale et globalisation de l’économie*, Bruylant 2010). Parlano di contratto sostenibile anche B. LOMFELD, *Sustainable contracting: how standard terms could govern markets*, in B. Lomfeld, A. Somma, P. Zumbansen (eds.), *Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, Cambridge 2016; R. RAVALLI, *External Effects of Contracts: From Fair to Sustainable Contract Law?*, 22th Lus Commune Conference – Conference Paper, 2017, che esamina i vantaggi nel sostituire la giustizia con la sostenibilità come nuova guida per il diritto contrattuale.

contrattuali, è impiegata con più diretto riferimento alle problematiche ambientali³⁸ attinenti al rapporto e ai suoi effetti. In Francia Mathilde Hautereau-Boutonnet ha definito il *contrat environnemental* come “una categoria contrattuale che, raggruppando tutti i contratti aventi lo scopo di comprendere l’ambiente, ha come conseguenza di regolare i rapporti uomo/ambiente”³⁹. Mentre nella nostra esperienza giuridica Mauro Pennasilico ha parlato di contratto “ecologico” per valorizzare la necessità di un ritorno all’armonia fra l’uomo e la natura. Più specificamente, esso viene definito come “uno strumento preordinato non tanto a scambiare utilità tra soggetti portatori di interessi antagonisti, quanto piuttosto a regolare il concorso di una pluralità di interessi necessariamente convergenti alla protezione dell’ambiente e delle generazioni future”. Integra la tradizionale nozione di contratto con “i principi di solidarietà e di sostenibilità nell’uso responsabile delle risorse naturali” e crea allora un “nesso tra patrimonialità e sostenibilità”, tra interessi patrimoniali e interessi non patrimoniali⁴⁰. Il contratto “ecologico” è allora uno “strumento attuativo di un diverso modo di soddisfare i bisogni, ispirato all’economia sostenibile, circolare e solidale”, che si differenzia per l’interesse ambientale che penetra la causa del contratto⁴¹.

Queste sono solo alcune definizioni che la dottrina ha formulato per descrivere il contratto “sostenibile”. Spesso si preferisce usare anche altre espressioni, evidenziando particolari aspetti della sostenibilità, come la “funzione socio-ambientale dei contratti”⁴² oppure il diritto contrattuale “per le generazioni future”⁴³. Per poi porre specifica attenzione sulle clausole

³⁸ Sulle problematiche relative a un diritto contrattuale dell’ambiente, si vedano soprattutto M. HAUTEREAU-BOUTONNET (dir.), *Le contrat et l’environnement. Etude de droit interne, international et européen*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille 2014; M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, Napoli ESI, 2016.

³⁹ M. HAUTEREAU-BOUTONNET, *Le contrat environnemental*, in «D.», 2015, p. 217.

⁴⁰ M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, in «Rass. dir. civ.», 2016, pp. 1291 ss., 1317, il quale osserva che “la finalità ultima del contratto ecologico non è tanto la protezione della natura in sé, quanto piuttosto la tutela della sopravvivenza dell’uomo”. Cfr. criticamente S. PAGLIANTINI, *Sul c.d. contratto ecologico*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L’analisi “ecologica” del diritto contrattuale*, cit., pp. 367 ss., 372 s., secondo il quale parlare di “una fattispecie costitutiva di rapporti patrimoniali eco-sostenibili, voglia essere una (lodevole) provocazione argomentativa più che l’avvio di una riconcettualizzazione categoriale”.

⁴¹ M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”*, cit., pp. 1302 ss., 1321 ss.

⁴² A. H. T. SALDANHA, *Função socioambiental dos contratos e instrumentalidade pró-sustentabilidade: limites ao exercício de autonomias públicas e privadas*, in *Veredas do Direito*, 2011, pp. 99 ss.

⁴³ C. PONCIBÒ, *A Contract Law for Future Generations*, in «Revija Kopaonické Škole Prirodnog Prava», br. 2/2020, pp. 35 ss.

contrattuali di “sostenibilità”, che sarebbero *legal irritants* rispetto alla teoria contrattuale tradizionale, analizzandone contenuti, disciplina ed efficacia. In particolare, si sottolinea come la sostenibilità sia penetrata nel diritto dei privati attraverso la prassi e si ammette la possibilità di clausole, specie nei contratti commerciali internazionali e anche in assenza di un accordo espresso delle parti, che “contengano aspetti ambientali e sociali non direttamente connessi con l’oggetto dello specifico contratto e che prescrivano il comportamento generale delle parti nella conduzione degli affari”⁴⁴.

L’ampiezza dei valori ricompresi nel concetto di “sostenibilità” incide, poi, su specifiche categorie contrattuali⁴⁵, che evidenziano la natura anche pubblica e la rilevanza non soltanto nazionale⁴⁶ degli interessi coinvolti. Infine, si ricercano nel diritto dei contratti tutele efficaci in caso di violazione degli standard di sostenibilità. Questi rapporti contrattuali, per i valori e gli interessi che coinvolgono, spesso determinano esternalità o effetti esterni in genere, vale a dire interessano persone e anche comunità esterne al contratto⁴⁷.

Il contratto “sostenibile” presenta, infatti, una particolare dimensione spazio-temporale⁴⁸, perché l’intergenerazionalità proietta il contratto “sostenibile” nel futuro e lo colloca in una dimensione temporale a lungo termine, assimilabile per alcuni aspetti ai contratti di durata. Si richiede

⁴⁴ K. P. MITKIDIS, *Sustainability clauses in international business contracts*, Eleven Int'l Pub 2015; Id., *Using Private Contracts for Climate Change Mitigation*, in «Groningen Journal of International Law», 2(1), *Energy & Environmental Law*, 2014, pp. 54 ss.; Id., *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, in «Nordic Journal of Commercial Law», 2014, pp. 1 ss., 5 ss., che fa anche alcuni esempi: clausole che vietano il lavoro minorile o che richiedono la riduzione delle emissioni nel processo produttivo; clausole sulla protezione dei diritti umani, sulle condizioni di lavoro, sulla protezione dell’ambiente e sull’anti-corruzione; S. LANDINI, *Clausole di sostenibilità nei contratti tra privati. Problemi e riflessioni*, in «Riv. dir. Pubblico», 2015, pp. 611 ss.; C. PONCIBÒ, *The Contractualisation of Environmental Sustainability*, in «ERCL», 2016, pp. 335 ss., 342 ss.

⁴⁵ Per un elenco dei contratti di diritto privato inquadrabili nella categoria del contratto ecologico, v. M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, cit., pp. 1307 ss.

⁴⁶ Si vedano soprattutto K. P. MITKIDIS, *Sustainability clauses in international business contracts*, cit.; Id., *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, cit.

⁴⁷ K. P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts*, cit., p. 6; R. RAVALLI, *External Effects of Contracts: From Fair to Sustainable Contract Law?*, cit., p. 2.

⁴⁸ Sul punto cfr. W.M. LAFFERTY, O. LANGHELLE, *Sustainable Development as Concept and Norm*, in W.M. Lafferty, O. Langhelle (ed.), *Towards Sustainable Development. On the Goals of Development – and the Conditions of Sustainability*, Macmillan Press 1999, pp. 1 ss., 7.

così alle parti una nuova “etica del tempo” per abbandonare una visione statica e inserire il rapporto in un processo. Inoltre, l’intergenerazionalità evidenzia come questo contratto interessi la sfera dei “terzi”⁴⁹, vale a dire la collettività, e abbia, quindi, una rilevanza esterna, creando un rapporto qualificabile come “complesso” anche per la platea delle persone coinvolte e superando il principio di relatività e le parti contrattuali come categoria di riferimento.

Ne consegue allora anche il superamento della separazione fra pubblico e privato, proprio perché il contratto “sostenibile” e le clausole di sostenibilità tutelano non tanto gli interessi delle parti, private o pubbliche, quanto piuttosto gli interessi della collettività, delle generazioni presenti e future⁵⁰. Una diversa visione, quindi, non più in linea con quella dicotomica e con il modello di contratto dell’epoca delle codificazioni, quando prevaleva una “netta separazione tra Stato e società civile” e il diritto pubblico e il diritto privato erano considerati come “portatori di valori diversi”⁵¹.

In questo modo si ricerca la protezione dei “terzi” rispetto al contratto non solo nelle regole di responsabilità civile. Al fine di tutelare gli obiettivi della sostenibilità, si predilige così un’interpretazione ampia della figura del “terzo” nel contratto a favore di terzi, anche se la protezione potrebbe involgere “un numero indefinito di terzi beneficiari”, le generazioni future⁵². Si fa riferimento, inoltre, al contratto a protezione di terzi indeterminati, che sarebbe fondato sul principio di solidarietà costituzionale⁵³. E si può

⁴⁹ Sul tema si rinvia ai contributi contenuti in G. Alpa, A. Fusaro (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Giuffrè 2000; e in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*. Roma, 13-16 settembre 1999, Torino, 2001.

⁵⁰ K. P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, cit., p. 6, 16 ss. Si veda anche C. PONCIBÒ, *The Contractualisation of Environmental Sustainability*, cit., p. 346, che parla di “natura mista” delle clausole di sostenibilità.

⁵¹ M. GRAZIADEI, *Conclusioni. Diritto privato e diritto pubblico: una profonda trasformazione di senso*, in G. A. Benacchio e M. Graziadei, *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, Università degli Studi di Trento 2016, pp. 353 ss., 355; v. anche e specialmente R. SACCO, *Il declino della distinzione e la visione dell’antropologo*, *ivi*, pp. 187 ss., 194 ss.

⁵² K. P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, cit., pp. 16 ss., 18; C. PONCIBÒ, *The Contractualisation of Environmental Sustainability*, cit., pp. 351 ss. J. T. GATHI, *Incorporating the Third Party Beneficiary Principle in Natural Resource Contracts*, in «Ga. J. Intl & Comp. L.», 2014, pp. 93 ss.

⁵³ COSÌ M. PENNASILICO, *Sviluppo sostenibile e “contratto ecologico”: un altro modo di soddisfare i bisogni*, cit., pp. 1319 ss. Per i più recenti sviluppi cfr. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo*

prendere in considerazione anche la figura del contratto con effetti di protezione per terzi (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*), che estende gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*) nei confronti di soggetti terzi al contratto che vengano a trovarsi in contatto con la prestazione e subiscano un danno⁵⁴.

Infine, con specifico riferimento ai contratti commerciali internazionali, si osserva che proprio il particolare contenuto delle clausole di sostenibilità, che è scollegato dall'oggetto del contratto, rende difficile l'applicabilità dei rimedi contrattuali tradizionali solitamente diretti alla dissoluzione del rapporto. Si richiamano, in alternativa, i rimedi relazionali⁵⁵, che favoriscono la conservazione e ricercano forme alternative per la risoluzione delle controversie. In particolare, allontanandosi dai principi del diritto contrattuale classico, la teoria relazionale⁵⁶ colloca l'operazione in una serie complessa di relazioni, che sono proiettate nel lungo periodo, e si attribuisce rilevanza alla dimensione contestuale e valoriale, andando oltre le regole formali. Di conseguenza, il contratto "sostenibile" come contratto relazionale si presenta naturalmente "incompleto"⁵⁷.

ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene, Bologna 2022; L. FERRAJOLI, *Per una Costituzione della terra. Umanità al bivio*, Milano 2022.

⁵⁴ Per alcuni primi riferimenti sul tema della lesione degli interessi dei terzi ad opera del contratto e degli obblighi di protezione si rinvia a R. VON JEHRING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in «Jahrbücher für die Dogmatik», 1861, 4, pp. 1 ss.; H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in «AcP», 1932, pp. 257 ss; C.-W. CANARIS, *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen*, in «Juristenzeitung», 1965, pp. 475 ss.

⁵⁵ Così K. P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, cit., pp. 6, 15, 21 ss.; la riflessione è ripresa da C. PONCIBÒ, *The Contractualisation of Environmental Sustainability*, cit., pp. 350 ss.

⁵⁶ Il riferimento, come è noto, va a I. R. MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, in «S. Cal. L. Rev.», 1974, pp. 691 ss.; Id., *Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, in «Nw. U. L. Rev.», 1977-1978, pp. 854 ss.; Id., *Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professors Lindenberg and de Vos*, in «J. Institutional & Theoretical Econ.», 1987, pp. 272 ss.; Id., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, in «Nw. U. L. Rev.», 2000, pp. 877 ss.; S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in «Am. Soc. Rev.», 1963, pp. 55 ss.

⁵⁷ Si vedano soprattutto A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino 2005; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996. La teoria relazionale del contratto è stata messa in discussione, a partire dall'essere o meno il contratto "relazionale" un concetto giuridico. Cfr. H. COLLINS, *Is a relational contract a legal concept?*, in S. Degeling, J. Edelman, J. Goudkamp (eds.), *Contract in Commercial Law*, Toronto 2016, pp. 1 ss., 15 ss., 21, il quale individua alcuni elementi che caratterizzano

4. Sostenibilità “competitiva” e sostenibilità “con lo Stato”

Così inquadrata la figura del contratto “sostenibile”, bisogna a questo punto chiedersi se sia sufficiente ripensare il contratto tradizionale oppure se sia necessario ripensare il sistema per affrontare la crisi attuale.

Se si decide di restare “nel sistema”, si potrà tutt’al più appoggiare una sostenibilità “imprenditoriale”, una “sostenibilità competitiva”, quindi una sostenibilità illusoria, lo “sviluppo sostenibile” che continua a perseguire la crescita economica in un mercato concorrenziale. E di fronte ai fallimenti del mercato, lo Stato, anziché impegnarsi in un intervento di difesa della società dal mercato, si adopererà soltanto per ripristinare il funzionamento dello stesso, così come il giurista deve appellarsi all’economia per raggiungere l’efficienza e valorizzare lo strumento contrattuale.

Tentando di ripensare il contratto, si è riflettuto allora se esso possa essere uno strumento capace di essere “sostenibile” e creare “sostenibilità”. Si sono evidenziate le sue possibili caratteristiche, ma resta il dubbio sul significato e sull’utilità di creare una nuova categoria generale. Non è da escludere, in particolare, che la sostenibilità sia già tutelata in materia contrattuale senza essere menzionata o avvalendosi di altre denominazioni, a tutti già ampiamente conosciute, a partire dalla solidarietà.

Se le clausole di sostenibilità creano doveri sociali e ambientali fra le parti e verso l’intera comunità, esse possono costituire delle limitazioni della libertà dei privati. Superando l’opposizione fra economia ed etica, sono intese come uno strumento della responsabilità sociale d’impresa⁵⁸: le imprese si impegnano a promuovere determinati standard comportamentali, sociali e ambientali, e accettano la responsabilità degli effetti di natura etica delle loro attività nei confronti dei portatori di interesse. Ma in questo modo si finisce per favorire soltanto una maggiore competitività fra imprese, perché si incide soprattutto sulla reputazione delle stesse nel mercato.

Questa regolazione nasce dall’esperienza della vita economica e sociale, “dal basso”⁵⁹, dalle prassi, dagli accordi, dai codici di condotta. Evidenzia,

il concetto di contratto relazionale: “that include a long-term business relationship in which indeterminate implicit expectations and obligations are essential to its successful performance”.

⁵⁸ Sulla responsabilità sociale d’impresa cfr. le differenti analisi di H. R. BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman* (1953), University of Iowa Press, Iowa City 2013, e di M. FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, in «The New York Times Magazine», September 13, 1970, pp. 33, 122 ss.

⁵⁹ R. BIN, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino 2009, pp. 31 ss., 33.

in particolare, l'indebolimento della sovranità dello Stato e dello strumento della legge, intesa come insieme di comandi e di sanzioni, che non sarebbe più adeguata a tenere il passo con il trasformarsi ed espandersi dello scenario giuridico, ma richiede il sostegno di altre espressioni giuridiche che orientano i comportamenti dei consociati⁶⁰.

Ora, al fine di rafforzare l'efficacia della responsabilità sociale d'impresa, trattandosi di regole private e di *soft law*, di diritto "morbido"⁶¹, che impegna per la sua capacità di persuasione senza essere accompagnata da forza cogente, si richiede alle imprese l'utilizzo del contratto e delle clausole di sostenibilità come *hard legal tools*⁶² per influenzare il comportamento tenuto nelle catene di valore e sopperire a uno stato di deregolamentazione. Si chiede, quindi, l'aiuto dell'autonomia dei privati in attesa e in sostituzione della *hard law* statale.

Così, un po' per fretta, un po' per opportunismo, pur non disconoscendo l'urgenza di una trasformazione dei modelli di produzione e di consumo, si spinge a favore delle imprese e del mercato, perché il settore privato dispone di capitali più consistenti degli Stati e dei governi⁶³. Non si può confidare in cambiamenti improvvisi dell'economia e allora si propone di "ecologizzare" il mercato, mentre in realtà "si mercifica" la natura, oggetto di sfruttamento illimitato per alimentare il mercato e assicurare la crescita economica. Tanto che si è parlato, come era geologica attuale, di "Capitalocene", anziché di "Antropocene"⁶⁴, proprio per indicare i veri responsabili della catastrofe ecologica, ovvero chi ha incorporato la natura "nella razionalità capitalista e nei suoi calcoli monetari".

Si amplificano, inoltre, le diseguaglianze⁶⁵, per cui la ricchezza è sempre

⁶⁰ M.R. FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., pp. 71 ss., 73 ss., 79.

⁶¹ A. SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in Id. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., pp. 153 ss., 154.

⁶² K. P. MITKIDIS, *Sustainability Clauses in International Supply Chain Contracts: Regulation, Enforceability and Effects of Ethical Requirements*, cit., p. 9.

⁶³ Si veda M. CAFAGNO, *Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo*, in «Il diritto dell'economia», 2019, pp. 155 ss., 175, il quale conclude che "nel bene o nel male, non si tratta di mercificare l'ambiente, semmai di ecologizzare il mercato, il tipo di mercato col quale, almeno per il momento, occorre fare i conti". Cfr. F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il tanto successo di una tanto debole teoria?*, in «Ars Interpretandi», 2013, 2, p. 43.

⁶⁴ J.W. MOORE, *Antropocene o capitalocene? Scenari di ecologia-mondo nell'era della crisi planetaria*, Verona 2017.

⁶⁵ J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Torino 2014.

più concentrata nelle mani di pochi, mentre la restante popolazione vive in condizioni che non possono considerarsi dignitose. Natura e società restano così imprigionate nelle reti della globalizzazione, che è un fatto artificiale, costruito per il mercato e per i suoi operatori, e di quella riorganizzazione produttiva che è la delocalizzazione, perché le imprese, per riuscire a sopravvivere sul mercato globale, hanno ridotto il lavoro a merce di scambio⁶⁶.

Le imprese “sociali”, dietro la pubblicità di prodotti “green” ed “etici”, nascondono in questo modo l’obiettivo classico di accrescere i loro profitti e si continua a vivere nella “società dei consumi”, dove si vive per il consumo, che è uno stile di vita, e si trasforma tutto in merce⁶⁷, mantenendo l’attuale modello di organizzazione dell’economia. In altre parole, dietro a un atteggiamento sempre più consapevole e “responsabile” da parte delle stesse imprese⁶⁸ e dei consumatori che influenzano il mercato con le loro scelte d’acquisto, si cela una generale indifferenza rispetto alla finitezza del mondo e alle diseguaglianze in linea con le peggiori narrazioni del *greenwashing* e dell’individualismo verde.

In questa cornice si preferirà allora una sovranità sovranazionale o addirittura una sovranità “planetaria”, il Leviatano climatico⁶⁹, perché lo Stato non sarebbe in grado di affrontare una sfida di proporzioni globali come la catastrofe climatica e ambientale. Occorre una sovranità planetaria non democratica, che ottiene legittimazione e consenso in nome della “sicurezza” e della salvaguardia della vita sulla terra⁷⁰.

D’altra parte, se si ritiene troppo utopistico andare “oltre il sistema”, oltre il capitalismo e oltre lo Stato, come sostengono gli ecosocialisti e i fautori della decrescita serena⁷¹, si può decidere di avere ancora fiducia

⁶⁶ L. GALLINO, *Trasformazioni produttive e politiche del lavoro*, Intervento al Convegno sulla riforma del diritto del lavoro tenutosi a Torino il 19 giugno 2012, consultabile su [www.giuristidemocratici.it]; sul modo neoliberale di intendere il lavoro, che si è imposto come reazione al compromesso keynesiano, si veda A. SOMMA, *La parabola del lavoro*, in «la fionda», 2/2021 *La grande trasformazione. Attacco al lavoro*, pp. 9 ss.

⁶⁷ Z. BAUMAN, *Consuming Life*, 2007, trad. it. *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari 2010.

⁶⁸ L. GALLINO, *L’impresa irresponsabile*, Torino 2005, p. VII, che definisce “irresponsabili” le imprese, perché “al di là degli elementari obblighi di legge, suppongono di non dover rispondere ad alcuna autorità pubblica e privata, né all’opinione pubblica, in merito alle conseguenze in campo economico, sociale e ambientale delle loro attività”.

⁶⁹ G. MANN, J. WAINWRIGHT, *Il nuovo Leviatano. Una filosofia politica del cambiamento climatico* (2018), 2019.

⁷⁰ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino 2003. Basti pensare alle annuali *Conferences of Parties*, patrocinate dall’ONU, durante le quali gli Stati potenti impongono ai più deboli la linea d’azione da seguire nel rispetto dei principi dell’economia neoliberale.

⁷¹ Cfr. per alcuni riferimenti M. LÖWY, *Ecosocialismo. Una alternativa radicale alla*

nello Stato, che non necessariamente deve essere una “forza spaventosa”⁷². Si avrà così una “sostenibilità statale”, una “sostenibilità con lo Stato”, che non appoggia le leggi del mercato ma interviene per difendere la società dal mercato. Del resto, come è stato osservato, “il percorso storico ha finora dimostrato un andamento caratterizzato dall’avvicinarsi di periodi di denazionalizzazione e affermazione della dimensione cosmopolita e di periodi di prevalenza della dimensione nazionale, come reazione al mercato autoregolato, desocializzato e spoliticizzato”⁷³.

È vero che alcuni aspetti della sostenibilità, a partire dalle tematiche ambientali, non possono non avere ripercussioni anche oltre i confini nazionali e parlare in termini nazionali potrebbe risultare riduttivo. È vero anche che un conflitto sociale a livello planetario è possibile. Sono, del resto, molti i movimenti “dal basso” che in tutto il mondo lottano per condizioni di lavoro più dignitose e per la protezione dell’ambiente (come *Clean Clothes Campaign* contro l’industria della moda o *Fridays for Future* per la lotta al cambiamento climatico). Si muovono contro i governi e contro le multinazionali, in sostanza contro il potere e contro il capitalismo. Ma questi movimenti solitamente rimangono inascoltati, proprio perché si rivolgono a una sovranità ultrastatale, addirittura sommersi e dimenticati dalle iniziative internazionali che restano sulla carta.

Il livello globale da solo non riesce ad assicurare un sistema efficace di tutela⁷⁴. Il superamento della sovranità nazionale “ha alimentato lo sviluppo di un ordine economico neoliberale che minaccia la giustizia sociale e la pace” e ha determinato “l’alterazione dell’equilibrio tra capitalismo e democrazia”, diminuendo gli “spazi assicurati alla decisione democratica”⁷⁵.

Povertà, crisi climatica e ambientale aspettano allora l’intervento dello Stato in un sistema “altro” rispetto a quello attuale. Per suggerire una nuova direzione è necessaria una forma di organizzazione alternativa, una trasformazione della produzione e un cambiamento culturale sensibile ai limiti ecologici e alla giustizia sociale, un sistema che sappia riconciliare capitalismo e democrazia⁷⁶.

catastrofe capitalista (2020), Verona 2021; S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino 2008.

⁷² T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di E. Lunani, Roma 1997, 2008.

⁷³ A. SOMMA, *I limiti del cosmopolitismo. La sovranità nazionale nel conflitto tra democrazia e capitalismo*, in «Costituzionalismo.it», 2019, pp. 17 ss.

⁷⁴ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma e Bari 2013, pp. 58 ss.

⁷⁵ A. SOMMA, *I limiti del cosmopolitismo*, cit.

⁷⁶ Id., *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell’ordine economico*, in «Politica del diritto», 2018, pp. 79 ss., 98 ss., che evidenzia come occorra ristabilire il primato della

Si può restare, quindi, in attesa di una sostenibilità “con lo Stato”, da intendersi come recupero della dimensione politica rispetto alla sfera economica e centralità del conflitto sociale⁷⁷. Del resto, i diritti sociali nascono dalla lotta e sono alimentati dalla tensione sociale. Sono diritti che abbisognano dello Stato, a differenza dei diritti tradizionali, quelli legati agli interessi degli individui, che invece si possono reggere anche fuori dallo Stato. È necessaria la presenza dello Stato, capace di “azionare cinghie di trasmissione tra il conflitto e la scelta politica”⁷⁸.

In un recente libro sulla *nouvelle classe écologique* Latour e Schultz⁷⁹ si sono chiesti a quali condizioni l’ecologia possa aspirare a organizzare la politica. La “moltitudine dei conflitti” non ha ancora preso “la forma di una mobilitazione generale”. Ebbene, il movimento ecologico, per tradursi “in uno slancio storico comparabile a quelli del passato”, abbisogna di una rappresentazione efficace del suo progetto, “riassumendo tutti i conflitti in un’unità d’azione comprensibile da tutti”. Per poter parlare di “conflitto di classe” la “classe ecologica” deve essere definita. Storicamente il ruolo della lotta di classe è stato nello stesso tempo “descrittivo” e “performativo”. Far emergere una “classe ecologica” significa allora “offrire una nuova descrizione e delle nuove prospettive di azione”.

5. *Il nuovo fascismo di Pier Paolo Pasolini e il ruolo del giurista*

“Se uno osserva bene la realtà, e soprattutto se uno sa leggere intorno negli oggetti, nel paesaggio, nell’urbanistica e, soprattutto, negli uomini, vede che i risultati di questa spensierata società dei consumi sono i

sfera politica sulla sfera economica, che ha ridotto “il funzionamento del meccanismo democratico a un fatto meramente formale”, abbandonando la *governance*, quindi la democrazia deliberativa, per ritrovare la democrazia partecipativa e il principio di parità sostanziale, quindi un maggior coinvolgimento e una maggiore partecipazione popolare nelle decisioni. Cfr. M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna 2010.

⁷⁷ R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in [robertobin.it], si chiede “dov’è finito il conflitto sociale? Che cosa è successo di così incisivo alla nostra società da trasformare in pochi decenni ciò che per due secoli è stato l’asse dello sviluppo delle forme costituzionali, l’orizzonte entro il quale si è cercato di elaborare processi istituzionali capaci di disinnescare la lotta sociale e imbrigliarla entro forme costituzionali?”.

⁷⁸ A. SOMMA, *Il diritto del sistema terra*, cit., pp. 309 ss., che parla anche dello Stato come “catalizzatore del conflitto”.

⁷⁹ B. LATOUR, N. SCHULTZ, *Mémo sur la nouvelle classe écologique*, Paris 2022.

risultati di una dittatura, di un vero e proprio fascismo”⁸⁰. A distanza di cinquant’anni queste riflessioni di Pier Paolo Pasolini mantengono integra la loro capacità critica e colgono i caratteri profondi della società odierna. Con lungimiranza Pasolini riconosce infatti nella “società dei consumi” il nuovo Potere, anonimo e totalizzante, che, dietro la maschera della libertà e del benessere, cela forme di oppressione capaci di entrare nella coscienza delle persone e di uniformarle. Identificato il “nuovo fascismo” con la “prepotenza del potere” della civiltà dei consumi, devota allo sviluppo e all’accumulazione materiale irrefrenabile, affronta criticamente questa nuova forma di totalitarismo che conduce a una vita omologata, mercificata e superflua, con effetti rovinosi sulla società e sull’ambiente naturale⁸¹.

Pasolini, i suoi accenti ambientalisti e la dimensione del conflitto sociale della realtà capitalistica, che ha abbandonato “gli ideali rivoluzionari della resistenza, per adagiarsi sulla declinante strada dello *sviluppo senza progresso*”⁸². Gaetano Azzariti, descrivendo “lo sguardo lungo dell’inquietudine” di Pasolini, si è chiesto cosa possa insegnare il suo pensiero ai giuristi. Fondamentale è la visione “conflittuale” del diritto, che non può essere “terra di pacificazione”. Occorre evitare, poi, di assumere le vesti del “giurista conformista”, ciecamente rispettoso del principio di legalità, e del “giurista di regime”, che è persona “inutile”. Questo perché il giurista deve avere “passione per le istituzioni, per i soggetti, per il diritto. Deve operare *contro il senso comune*”⁸³. E su questa strada dovrà muoversi allora anche il giurista ecologico, non solo esperto di diritto sul clima e sull’ambiente, ma soprattutto capace di riconoscere e adoperare nuovi strumenti per invertire la rotta. Recuperare il senso politico in linea con l’*homo ecologicus*, il cittadino ecologico⁸⁴, per evidenziare il rilievo

⁸⁰ Intervista a cura di Massimo Fini, “L’Europeo”, 26 dicembre 1974, dedicata al film *Fascista* di Nico Naldini, raccolta insieme ad altri testi di Pier Paolo Pasolini relativi al fascismo e alle sue evoluzioni politiche, culturali e linguistiche, nel volume *Il fascismo degli antifascisti*, Milano 2018, in part. p. 73.

⁸¹ “Questo nuovo fascismo, questa società dei consumi, ha profondamente trasformato i giovani, li ha toccati nell’intimo, ha dato loro altri sentimenti, altri modi di pensare, di vivere, altri modelli culturali. Non si tratta più, come all’epoca mussoliniana, di una irreggimentazione superficiale, scenografica, ma di una irreggimentazione reale che ha rubato e cambiato loro l’anima. Il che significa, in definitiva, che questa “civiltà dei consumi” è una civiltà dittatoriale. Insomma, se la parola fascismo significa la prepotenza del potere, la “società dei consumi” ha bene realizzato il fascismo” (*ivi*, pp. 73-74).

⁸² G. AZZARITI, *Pier Paolo Pasolini: lo sguardo lungo dell’inquietudine*, in «Costituzionalismo. it», 1/2022, p. 2.

⁸³ *Ivi*, pp. 5 ss.

⁸⁴ Cfr. P. CHRISTOFF, *Ecological Citizens and Ecologically Guided Democracy*, in B. Doherty

fondamentale della partecipazione attiva e dell’impegno comune a un necessario cambiamento di sistema rispetto alla “resa, tutta neoliberale, del diritto di fronte ai poteri economici estrattivi e alla tragedia di questo nostro tardo antropocene”⁸⁵.

ABSTRACT

In recent times we are experiencing the season of sustainability and some more or less radical proposals for a Green (New) Deal concern the economic, environmental and social crisis. In this context, there has been a proliferation of studies on sustainable private law and responsible consumption. After outlining some features of the figure of the “sustainable” contract, this study aims to critically reflect on whether contract law in its sustainable guise can be considered a useful tool for addressing the current system crisis or whether, instead, it ends up endorsing only illusory sustainability while continuing to pursue economic growth and protect the competitive market.

KEYWORDS: Sustainable Development; Green New Deal; Sustainable Private Law; Sustainable Contracts; Corporate Social Responsibility; Consumer Society.

and M. de Geus (ed.), *Democracy and Green Political Thought. Sustainability, rights and citizenship*, London and New York 1996, pp. 149 ss.; J. C. VAN LENTEREN, *From Homo economicus to homo ecologicus: towards environmentally safe pest control*, in D. Rosen, E. Tel-Oren, E. Hadar, Y. Chen (eds.), *Modern Agriculture and the Environment*, Dordrecht 1997, pp. 17 ss.

⁸⁵ U. MATTEI, *Ideologie e tecniche per la ricodificazione del diritto privato*, cit., pp. 2, 6, il quale ritiene maturi i tempi per lavorare a “una quarta globalizzazione” (riprendendo le *three Globalizations of Law and Legal Thought* di Duncan Kennedy) del diritto civile, “ecologicamente consapevole dei guasti forse irreversibili prodotti dall’antropocene” e che segua alle controriforme neoliberali.

Silvia Niccolai

The “Social” as “Symbolic”.
The Distinction between Public and Private
in Contemporary Societies in light of Feminist Thought
(and with a digression on Surrogacy Contracts)

SUMMARY: 1. The enmity between the «Social» and the «Individual» – 2. Beyond Socialism and Liberalism, towards the origin of Feminism: «Les Saint-Simoniennes» – 3. The Social as Symbolic: the missing piece of the dichotomy between Public and Private – 4. Symbolical issues. A digression on the technique of using testimonies of private experiences to push for legislative change – 5. An insidious turn. When the intentional order and the unintentional order collapse into each other – 6. If intentions matter: dropping a bit of spirituality in an over materialistic imaginary.

1. *The enmity between the «Social» and the «Individual»*

In this article, I will try to discuss the distinction between Public and Private in contemporary societies – and its traditional corollaries, as the distinction between Authority and Liberty, or Individual and Society – by rethinking the idea of “social” with the help of Feminist Thought.

The «social» indeed plays a crucial role in that distinction, as it is demonstrated, if it need be, by Friedrich Hayek’s complaint against the «abuses of reason»¹, perhaps the most famous twentieth-century narrative about the dualism between Public and Private, Authority and Liberty, Individual and Society.

In Hayek’s narrative, “social” is the “collective”. So are the general interests which, owned by a «Whole» (the Society), show two distinctive features: *they can be identified with a high level of certainty* (or objectivity) and they *must unfailingly prevail over individual interests*. Since the

¹ F.A. HAYEK, *The Counter-Revolution of Science: Studies on the Abuse of Reason*, The Free Press, Boston 1952. Hayek’s book was firstly translated in Italy in 1952 with the title *L’abuso della ragione*. I am quoting from an Italian translation printed by Edizioni Seam, Roma 1997.

individuals act selfishly, irrationally, and disorderly, the «social» must intervene, realizing a rational and predictable order. It goes without saying that the defender of the Social is the public power, the State, with its laws and economic plans.

Hayek passionately attacks the authoritarian implications of the “social”. With the “Communist threat” in mind but also reminiscent of Nazism and Fascism, he carves an analogy between Social-socialism, Authoritarianism, Public, and retraces the origins of all totalitarianism in the idealistic utopias of modern social reformers.

According to him, «social» has always been synonymous with dirigisme, anti-liberalism, scientism (different sides of the same coin) and it has been so since its veritable origin, the Saint-Simonism, the political and social movement which «made a lot of noise» in France especially after the Revolution of July 1830, on the footsteps of the extravagant Count of Saint-Simon and with the aim of planning and putting in practice a complete reform of society². From this congregation of madmen (as Hayek paints them) – arose Auguste Comte, the founder of the most detestable – or the most «socialistic» - among «sciences»: sociology³.

To the Saint-Simonians, breeders of the entire crowd of authoritarian sustainers of a planned order, Hayek opposes the wise defenders of the spontaneous order.

The formers are culpable of «abuse of reason». As it is typical of the Moderns, they are convinced that the human mind can detect the laws governing society and can use them in a *deterministic way*. Therefore, they reduce human actions, behaviors, choices and preferences to a “given”, observable, predictable and determinable with the sole help of entirely positive investigation standards. These are the cost of a model that some have renamed as “intentional order”⁴ (an expression that, here in the

² R.H. ELY, *French and German Socialism in Modern Times*, Harper, New York 1883, p. 72.

³ In the electrifying third section of the book (*Comte e Hegel*, p. 287 ff.), Hayek also demonstrates how profoundly Comte was influenced by Hegel’s thought. This explains, he argues, the delirious mixture of positivism and idealism which imbues today’s social sciences. R.H. ELY, *French and German Socialism*, op. cit., had already maintained that Hegelianism «tintured» the opinions of many Saint-Simonians, and particularly those of Pierre Leroux, probably the first European intellectual to use the term «socialism» (on Leroux’s famous statement, «notre doctrine n’est pas un parti, c’est une science, c’est la science sociale», see R. ARON, *Le socialisme français face au marxisme*, Grasset, Paris 1971 (Kindle Ed.).

⁴ L. INFANTINO, *Lordine senza piano. Le ragioni dell’individualismo metodologico*, Armando Editore, Roma 2011, adopts the expression «unintentional order» to name the «spontaneous order» dear to classical economic liberalism. The «intentional order» is its authoritarian, dirigiste counterpart.

following, I will make mine).

Sustainers of the «spontaneous», or «non-intentional order» – exemplified by the economists of the «classical» Scottish School – instead, avoid such an abuse. They do not cultivate the illusion that human reason can identify the permanent laws of society. Therefore, they do not reduce the human conduct to a mere given. They are convinced that individuals – each pursuing what he knows and is able to know (his own individual interests) – do contribute, even unintentionally, to the creation of a spontaneous order, which is by definition a free order, because not based on deterministic assumptions.

From these premises, Hayek’s famous pleas to the «minimal state» stem.

Even though they are considered typical of certain liberal and neoliberal orientations, these claims do not exhaust the scope of Hayek’s thought; nor they represent the reason for which it has been regarded as inspiring⁵. As the title of his books declares, his «liberal» criticism against the intentional order implies a momentous criticism of Modern Reason. Before Hayek and after him, this criticism has been shared by many other thinkers, though bearers of conceptions and values far different from his.

Let just mention Max Horkheimer, the founder of the Frankfurt School – that generated some of the most profound criticisms of Capitalism. To Horkheimer, the Modern Reason reduces all human experiences at the level of things. It elevates demonstrative rationality to the sole criterion of knowledge and to the sole motive of a legitimate action; by doing so, it “reifies” the man, the individual, and his social manifestations⁶. The assumptions of Modern Reason lead in fact to one conclusion: all moral judgements pertain to the «subjective» and to the «private», they are mere «opinions», incapable both of *establishing something common* among

⁵ It is exemplary the case of the Italian jurist Alessandro Giuliani (1925-1997), whose research is a clear example of the double-faceted legacy of Hayek’s thought (it can be understood only as a mere political plea for economic liberalism, if not for anarcho-capitalism, or also as a challenging philosophical reflection on the limits of modern rationality). On Hayek’s «methodological individualism», Giuliani built his vision of law, oriented – against all normativistic reductionism – to re-interpret it as the field of the free human action, and he did so in the name of a fierce criticism of the abuses of Modern Reason (see *Contributi a una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano 1953). In parallel, however, Giuliani abandoned the purely liberalistic consequences drawn from Hayek’s theories by his mentor, the economist Bruno Leoni, which entailed the risk of misunderstanding the legal experience. On Giuliani’s contribute to the Italian legal culture see F. CERRONE, G. REPETTO, (eds.) *Alessandro Giuliani: l’esperienza giuridica tra logica ed etica*, Giuffrè, Milano 2012.

⁶ *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale*, (1947), trad.it., Torino 1969.

human beings and of *authorizing meaningful actions*. Opinions, feelings, desires, ideals, are indeed not empirical neither positive enough to base an «objective» knowledge and a rational motive for choice.

2. *Beyond Socialism and Liberalism, towards the origin of Feminism: «Les Saint-Simoniennes»*

By constructing his dichotomy and fiercely accusing what Wilhelm Roepke will call «the eternal Saint-Simonism» of every public dirigisme⁷, Hayek surely simplified the picture of Modernity⁸.

Precisely within the Saint-Simonian movement, so stigmatized by Hayek, a “first wave” of feminism originated, from the initiative of a group of young women, who were dissatisfied with both Socialism and with Liberalism.

As the historian Stefania Ferrando recalls in her extraordinary study on this topic⁹, the *Saint-Simoniennes* were women who felt profoundly the desire for a new social order, one more just, more free, more equal, wherein they, as women, could find a convenient place. Their profound concern with the issue of the social order was the reason of their encounter with the Saint-Simonians.

The Saint-Simonians had a pioneering awareness of the crucial and completely unprecedented importance that the problem of social order holds in modern times. In this lies the peculiarity of their “socialism”.

They saw that the fall of the ancient order (the *Ancien-Régime*) had given rise to a seemingly endless array of new modes of production, lifestyles, and values. In these conditions it was extremely difficult, but

⁷ Referring in its turn to Saint-Simon as «the patriarch of economic dirigisme», the ordo-liberalist thinker famously argued against what he considered the «European Saint-Simonism» (See W. ROEPKE, *Etica e Mercato. Pensieri liberali*, Armando, Roma 2001, p. 126).

⁸ On the accuracy of Hayek’s historical account see B. Caldwell (*Introduction*, in B. CALDWELL (ed.) *Studies in the abuse and Decline of Reason, Texts and documents*, Taylor&Francis, 2013), noting for example that «Hayek glosses over the internal rivalry that existed between Comte and the Saint-Simonians in the late 1820s».

⁹ S. FERRANDO, *La liberté comme pratique de la différence. Rousseau, Olympe de Gouges et les Saint-Simoniennes*, Phd thesis, EHESS de Paris and University of Padova, 2015. All here referred on the *Saint-Simoniennes* is based on Ferrando’s work. Ferrando recalls that the *Saint-Simoniennes* movement was deeply studied by Marguerite Thibert in the 1920s: see *Le féminisme dans le socialisme français de 1830 à 1850*, Paris 1926; *A propos de Féminisme. Simple mise au point*, in *La Réforme sociale*, 1926, pp. 541-548.

absolutely urgent, to understand how to determine a social order capable (on the one hand) of *expressing stability* in a world in movement, and (on the other) of helping each individual to *understand their role and position* in the world. Both conditions were essential to achieve the Saint-Simonians' Ideal: Progress.

A *new*, but also *stable and certain*, social order, this was the Saint-Simonians' passion and torment. To their luck, although they dramatically felt the lack of the true laws of society and individual life, they had no doubt that it was possible to discover and to apply those laws. After all, many of them were engineers, graduated from the Polytechnic School. They preached that one day some enlightened prophet would discover (complete and ready for use) the laws governing the social order; he would dictate them to all, and then there would have been nothing else to do but apply these laws. Once an authentic and effective interpreter of collective needs had been found, the problem of the social order would have been happily solved¹⁰.

In the young women who felt attracted by the Saint-Simonian movement, this strange narrative nonetheless raised a question. They wondered: *Who*, if not each of us with her concrete and personal experience, can contribute to shaping the new laws? How could the new social order take shape, if not by springing from us, those who desire it, those who are already trying to practicing it?

In other words, they were not willing to wait for someone else to establish for them what they were and the meaning of what they did. Their idea was that the new social laws should arise from the personal experiences of those who already embodied novelty and change in their concrete lives and in their deepest feelings.

Since the personal experience is by definition plural, complex and in movement, thinking that way implied however putting the laws of coexistence in a condition of perpetual revision; it meant accepting a level of uncertainty, or precariousness, of the laws. This was not to be seen as a problem, the *Saint Simonien*nes argued. It was only the natural consequence of grounding the social coexistence on equality and freedom among individuals.

By reasoning in this way, the *Saint-Simonien*nes did more than distancing themselves from the ambitions of social engineering so dear to Père Enfantin, the most expressive mind of Saint-Simonism. In truth,

¹⁰ Allow me to overlook that for the Saint-Simonians, such an interpreter should have been a couple, composed of the priest and the priestess (an idea for which they were much ridiculed). However, they did not find the woman fitting the task.

indeed, when they complained about being excluded from participating in the elaboration of the laws that should have governed a new, more just and free society, they put in question the fundamental Saint-Simonians's dogma: the possibility of discerning a new social order *without* starting from, and remaining close to, the questions, the doubts, and the knowledges that are tentatively and problematically shaping from individual experiences, within the *consciences*.

The ideas that, on the other side of the fence, individualistic liberals maintained about the making of a social order were even less convincing to them. Scarcely interested in "social" issues, the «liberals» stated: everyone should make their own business and Providence will do the rest. Not only did such an idea not accommodate the profound concern of the *Saint-Simoniennes* for the inequalities and social injustices which, as women, they knew well and from direct experience. Above all, these women did *not* recognize themselves in the basic assumption of the liberal conception.

This assumption lies in the belief that each individual knows and can fully comprehend, firstly: *who he is*. Secondly: *what his interests are*. Thirdly: *how much it is worth* what he brings in the economic and social exchange. All this had very little to do with the reality of our young women. Living in times of tremendous transformations, they had put in question, in their concrete lives, the roles and habits traditionally assigned to the female sex. They deeply felt that they were a novelty, but they were also conscious that the value, or meaning, of their novelty was not yet established nor they were in control of it. They were wondering how to love, work or raise children in a way corresponding to their true aspirations and capable of generating a new and better social order for everybody. But they were *not sure* that they already knew what was suitable, worthy and appropriate for themselves and for the world, what their authentic interests were, who they were and how much they were worth.

One thing they excluded: that an individual could understand all this *by her own*, without the help of others. Instead, they felt that if they wanted to find out what they were, what they really wanted, or what their experiences were worth, they had to let their feelings *circulate*, they had to test them with the points of view of others.

An ambitious project, indeed. Putting it into practice requires being able to *freely express* personal feelings, opinions, ideas, experiences, judgments; and first of all, it requires being able to read clearly and freely *within ourselves*.

The *Saint-Simoniennes* created associations in which women could

work, think and speak together with others: girls' schools or journals, such as the *Tribune des Femmes* or *La femme libre*. These were as many spaces of sociality, that is to say spaces of relationships and exchanges. There, those women met to think, discuss, reconsider («to regenerate» was an expression dear to them), the meaning of their behaviors and that of social institutions, customs and habits, searching the words to name them in a way more authentical and true, closer to their experience.

As Ferrando underlines, in these places of sociality, from which each one took the strength to express herself, they searched to develop a thought and a language valid not only for themselves, but also for others. A *social* thought, born from the intersubjective exchange, where the individual experience acquires a broader, shared, *common* significance.

They did so, for example, by asking each other: «If I left my husband and I sleep now with someone else, am I a woman of easy virtue, to be condemned, or what else am I? Am I perhaps experiencing a dimension of freedom that society does not yet recognize? Or is it mine a mere whim? Perhaps is it a culpable transgression to something more important than social uses? With what word should then I be named?». Reading carefully a mass of articles, letters and pieces of autobiographies written by the *Saint-Simoniennes* – every page rich of dialogues and of mutual questions posed from a woman to another – Ferrando fascinatingly argues that «Social» were to them *their words and their thoughts*, because they were socially developed, which is to say, developed *in the exchange and negotiation with others*.

Thus, these young women understood that, if they wanted to find a social order, capable to give meaning to their actions, sense to their lives, and orientation to their behaviors, they could not give up subjectivity, which was instead excessively diminished by the socialist perspective privileged by their Saint-Simonians companions. For this reason, they, dissatisfied with the idea of relying on the «laws» of some social reformer, started speaking in the first person. But they also understood that, if a social order was to be achieved, it was necessary not to remain confined to the «private» or pass off individuality as a sort of self-sufficient sovereignty, which already knows all what it needs. After all, it was a new social order they searched for, something going beyond their individuality and different from what was already known. Thus, they understood that their individual experience needed to be shared at a social level, needed to be raised to a level where it could resonate for others. The «personal» had to be exchanged, and even tested, with the thoughts, the words and the experiences of others. To become real, it had to become social.

One could say that the social order they searched was certainly a spontaneous one, but also springing from sincere and profound *intentions* of freedom, justice, equality, that they radically invested in their mutual exchanges, at the social level, with the help of language.

3. *The Social as Symbolic: the missing piece of the dichotomy between Public and Private*

By starting to think «in common», the *Saint-Simoniennes* were teachers of a political practice which some consider specific to the women's movement: the practice of the Symbolic¹¹. This practice, although multifaceted, always consists (again in the words of Stefania Ferrando¹²) in the «ability to say and see what emerges from relationships in a certain context, whether small or large, and not only saying and seeing, but also interpreting».

The practice of the Symbolic has been accompanied in the women's movement by an attitude which can be described, and has been described, as «giving credit to reality», or «trusting» in reality.

In fact, what does «Saying, seeing, interpreting what *emerges* from relationships in a certain context» mean? It means putting into words something that is, that exists, that happens, but that *does not yet have a name*. It is thanks to the fact of being named that something already existing, but not yet thought of nor recognized *as existing*, can become aware of itself, and generate consciousness. This was what the *Saint-Simoniennes* did: they felt that, in their new and unknown experience, freedom was *already* at work, but they also knew their freedom needed to be put into words and circulate, in order for it to become real and for everyone to benefit from it. They offered those words to each other, so

¹¹ C. ZAMBONI, *Il simbolico e la via del movimento delle donne*, in *Materiali di Estetica* 2/2021, pp. 279-299 (transl. mine). It is worth recalling that, by Feminism of the Symbolic, it is usually meant an Italian feminist movement (also known as Thought of the Difference), that, differently from the rest of the Feminist movements, does not adopt a materialistic perspective. Chiara Zamboni, one of the main exponents of the Italian Feminism of the Symbolic, maintains that Feminism has always and everywhere adopted the political practice of the Symbolic. In this article, also for the sake of brevity, I will follow Zamboni's approach, certainly valid at least if we consider how much the so-called "self-consciousness" practice (deeply intertwined with the practice of the Symbolic) has been important and foundational for the entire Feminism of the 1970s.

¹² On file with Author.

that, vehiculated by language, their individual experience could gain more existence, and, precisely, existence on the social level.

The *Saint-Simoniennes'* experiment corresponds to a belief which is proper to the practice of the Symbolic: women, and their freedom, *already exist and have always existed* (in the actions, in the behaviors, in the choices of each individual). What is missing, is an interpreting word that gives social existence to the individual experience.

This point is of course a bit difficult to understand. In our current mentality, and to jurists especially, to be free means «to have a right» (e.g.: I can speak freely thanks to a right called «freedom of speech»). Feminist thinkers of the Symbolic maintain, instead, that freedom and rights do not coincide. When they talk about freedom, they mean the capability to choose how to act, which is the ability (which could also be considered a need or a desire) of orientating one's actions. This capability to orient ourselves, to give a criterion or a measure to our actions, in itself does not decrease, nor does it increase in relation to the number of choices a person has, by law, «the right» to make. In fact, it does not concern the «legal» dimension of human beings but their moral dimension. To the thinkers of the Symbolic the point is not to ascertain whether people is free (each human being is); the point is that the individual need, capability, or desire of freedom can at every single moment be misunderstood, confused or altered with something else, such as a mere fantasy, or a voluntaristic delirium of omnipotence. Every time this happens, the occasion for individual liberty to exist socially as liberty gets lost.

The conclusion is that the individual liberty, in order to exist socially, needs to be *seen* by others: it calls for a «medium» that interprets it as liberty.

It goes without saying that the interpreting word, the word that gives social existence to a private experience, is inevitably missing when the interpreter reads the experience she observes without love, interest and participating reciprocity; or when some objective or goal in her/his mind prevents reality from being seen as it is. According to the practice of the Symbolic there is the need for a «loving» interpretive position in those who «read» the women's actions in order for their freedom to be seen.

For this reason, the women's movement, which recognizes itself as a symbolic practice, has always focused on the relationships between women, assigning them a political value. According to the thinkers of the Symbolic, recognition is produced in every relationship between two women, every time one of them is recognized by the other as capable of offering her the «right mediation» to gain existence in the external world,

while remaining faithful to herself¹³. For example, a simple «go ahead», said from one woman, in whom another woman trusts, can give to this latter the strength to realize a desire that, up until that moment, she felt as impossible or too ambitious¹⁴.

It is easy to understand why Ferrando argues that the *Saint-Simoniennes* are one of the first historical testimonies of the feminist practice of the Symbolic. They gained from other women the strength to bring their desires into the world: they acted socially yet in autonomy from the initiative of any political, institutional, «public» actors and without becoming anything similar to such «social» subjects.

It is now time to retrace the meaning of the word «social» for the practice of the Symbolic. What does that word mean, in that context?

Firstly, the «social» does not coincide with an attribute of Society, a collective and cohesive subject which speaks with one only voice and dictates how it is correct and right to behave or what has value and what has not by establishing habits and customs. Instead, the «social» designates the relational space that makes it possible to question and transform socially given stipulations, existing social norms, while keeping social transformation in touch with *individual* feelings and experiences. Furthermore, as a relational space, the «social» does not require the size of a large group to be established, but even occurs at the most immediate interpersonal level, the dual relationship.

Another aspect of the «social» springs from the mentioned assumption according to which the practice of the Symbolic puts freedom *into circulation* but does not create it, because freedom (in this case women's freedom) already exists and for this reason it is possible to see it, interpret it, name it.

For those who embrace this point of view, women's freedom does not wait to be generated by public institutions yet is capable of generating transformations at a public level, for the simple reason that it exceeds that level, does not coincide with it. The «Social» is anchored to a myriad of inter-individual relationships; it thereby introduces into the Public something that «does not have a precise origin, does not have a specific owner, does not have a cause that determines it» (such as the activity of a certain «pressure groups»). Keeping in mind that the «social» is a space

¹³ On this practice, known as “trusting between women”, see LIBRERIA DELLE DONNE DI MILANO, *Non credere di avere dei diritti*, Rosenberg&Sellier, Milano, 1987.

¹⁴ On these points see A. CONDELLO, S. NICCOLAI, *The Mothers of Us All. Extracts, with comments, from the Yellow Catalogue published by the Milan Women Bookstore*, paper I, in *Law and Literature*, 2023, paper II and III in print 2024.

which exceeds both the Private and the Public, «it cannot be said: this institution (law, linguistic invention, practical orientation...) comes out of this specific conflict, from this relationship of forces, from this decision, from this strategy, from this situation, because there is always something that sticks out beyond all this», Ferrando explains¹⁵. This «something that sticks out» is the unexpected, naturally inherent in the free action of human beings, engaged in a mutual and never-ending activity of naming and giving meaning to what happens to them, an activity through which they discover aspects or possibilities of their own being, which, thinking their own, they wouldn't have seen.

Thus, the practice of the Symbolic proposes a vision that opposes to the theories of many supporters of the intentional order, who claim that «liberties» or «rights» are always and only the product, direct and biunivocal, of historical collective movements and processes determined and clearly identifiable¹⁶. However, it is a vision that is equally distant from the assumption of the «spontaneous order» which maintains that, remaining within the verges of one's own private dimension, each individual can perfectly understand and definitely possess the meaning and scope both of her/ his interests, desires, or wills, *and* of those of others¹⁷.

The implications regarding the distinction between Public and Private aren't irrelevant.

In fact, to the eyes of those who are skilled in the practice of the Symbolic, both these concepts, which have always been considered foundational to the modern political and juridical «theory», reveal themselves as poor and lifeless.

¹⁵ On file with Author (the same goes for the following quotations from Ferrando in this paragraph).

¹⁶ In Italy, this position is adopted in Norberto Bobbio's classic study, *Letà dei diritti*, Torino 1991, p. XIII. Against the idea of «natural law» Bobbio claims that all rights are historical (in this sense social), recalling that «religious freedom is the effect of religious wars; civil liberties are the effect of struggles of parliaments against absolute sovereigns; political and social freedom are the fruit of the birth, growth and maturity of the workers' movement», etc.

¹⁷ Sympathy and empathy, the resources of human *sociabilitas* fascinatingly explored by Adam Smith, are certainly important for a practice such as that of the Symbolic, but not if they allude to an individual's pre-political and self-sufficient ability to understand others and their reality without entering into relationships, and if it is the case into conflict, with them and with the way in which others think, feel and suffer. Rather, the Thought of the Symbolic has felt very close to the notion of empathy developed by Edith Stein, for whom empathy is the ability to «experience otherness». See L. BOELLA, A. BUTTARELLI, *Per amore di altro. L'empatia a partire da Edith Stein*, Edizioni Cortina, Milano 2000. Also, G. MASSA, *L'empatia in Edith Stein*, in *I luoghi della cura*, V/2007, pp. 27-29.

Once again, I get help from Stefania Ferrando, when she observes that: «Private» appears to be «what removes itself or is removed from the social as an exchange, negotiation, elaboration of meaning». The private is what avoids any comparison with others. For this reason, what is «private» can consider itself absolute, can claim to be valid as a norm even for the experience of others.

As for the «Public», it comes down to be a space that arrogantly aspires to condense the social within itself. Aiming to be a cohesive and exclusive expression of the entire social, the “Public” cancels out what exceeds and extends beyond and before it within the relationships between individuals.

4. Symbolical issues. A digression on the technique of using testimonies of private experiences to push for legislative change

As the philosopher Chiara Zamboni recently recalled, the symbolic activity is always an interpretative activity and the main vehicle of every interpretative activity is always language.

«The women’s movement has practiced the fertile tension between language and lived experience: knowing that the circumvention of the historical roots of experience reduces any concept, which should be a living symbolic form, to a mere exploitable linguistic sign. Therefore, there is nothing arbitrary and instrumental [in] the conception of language which corresponds to the feminist practice of the Symbolic». Referring to the political action of Feminism, Zamboni adds: «we did not enter into the conflict of the Symbolic by bringing a merely reasoned position, but rather a position that had roots in experimented forms of life. For this reason, the circle between the thought and the experience lived with others must be considered fundamental and logically primary. However, this requires declining the meanings already available in common language, to make them flexible in order for them to become capable of meaning something else. In the awareness that the conflict over words and statements has to do with linguistic performativity, but *without having this effect as the primary intention*»¹⁸.

What happens when language is understood in a solely or predominantly performative way as if it contained a strong and precise indication of an «*ought-to be*», of an *end* to be achieved, of a *purpose* or a *goal* that precedes

¹⁸ C. ZAMBONI, *Il simbolico*, p. 291 and 294, emphasis added.

the interpreted experience and conditions its interpretation? In these cases, we are still facing the work of the Symbolic but not as a practice of symbolical freedom. As everyone knows, and as Ferrando puts it with charming simplicity, one can «interpret in a more or less correct-adjusted, sincere, or instead ideological way, or even in bad faith»¹⁹.

These warnings can be useful, for example, in approaching one of the areas in which today the dichotomies Authority/Liberty, Public/Private, Social/Individual return with greater force in relation to issues that, as prostitution or surrogacy, are very sensitive for Feminism. In these fields, the private stories of women, who say they feel *free* when engaging in prostitution or surrogacy, are often brought on the public sphere in order to support the thesis that the law «must» legitimize sex work or surrogacy contracts. These stories surface or are made to surface in the public debate as proof of the assumption (which a side of Feminism shares²⁰, and yet many other women strongly oppose) that in these gestures a new and more advanced female freedom is realized and precisely one, that emancipates women from the «social destiny» of motherhood²¹.

By resorting to «stories» told by women prostitutes or mothers surrogates, political activists and various social actors aiming to modifying the existing laws, intend to demonstrate that a new freedom is arising, and directly from the experience of individual women; therefore, that freedom entails a «right» that must be recognized by everyone, and in particular by women who consider themselves Feminists, because who, if not the Feminist movement, has given such political importance to the personal experience?

As the political philosopher Valentina Pazé argues in her courageous analysis on the «body between choice and market», it becomes thereby impellent, and precisely from a feminist point of view, to ascertain what value should be given to these testimonies without questioning the subjective sincerity and spontaneity of these declarations²².

¹⁹ On file with Author.

²⁰ That part of Feminism which, contrary to the feminist Thought of the Symbolic, adheres to sociological, positive and historicist assumptions, and is therefore convinced that women's freedom depends on social and public institutions capable of establishing and guaranteeing it.

²¹ A few years ago, in a trial before the Italian Constitutional Court, the appellants brought the testimony of a surrogate mother, in order to prove that she personally acted freely and thereby the ban on surrogacy violates the fundamental freedoms recognized by the Constitution. However, the testimony of the woman was not declared admissible by the Court (see ruling n. 33/2021).

²² V. PAZÉ, *Libertà in vendita. Il corpo tra scelta e mercato*, Bollati Boringhieri, Milano, p. 53 ff.

A light on this path comes from Zamboni's insights. In the stories told by the happy prostitute²³ and the good mother-surrogate, the interpreting activity and its instrument, language, are exercised in a performative way or, at least, they are used with a performative goal.

This explains why many Feminists do not feel the liberating practice of the Symbolic at work in that type of testimonies: «It is true that the women's movement has brought different concepts into the exchange and conflict of the symbolic (authority, freedom, relational politics, disparity, coincidence of the ends with the means) but this was never done with the performative aim of conditioning behaviors and governing reality»²⁴.

5. An insidious turn: when the intentional order and the unintentional order collapse into each other

The stories of «free and happy» surrogate mothers, or prostituted women, demonstrate that, in some cases, the argument of individual freedom functions as an instrument that works towards the creation of an intentional order. This happens every time the expressions «individual freedom», or «auto-determination», performatively used, serve in practice to convey a determined purpose of «government of society».

Under this point of view, the «freedom stories» of surrogated mothers are symptomatic of the insidious turn that we are experiencing in the present time; surrogacy contracts and the debate they raise express this turn very clearly.

What «turn»? I could describe it like so: today, authoritarian claims grow on both of the famous Hayekian dualism, that is to say both on the side of the unintentional order (the Realm of Private and of the primacy of the «individual freedom») and on the side of the intentional order (the Realm of Public and of the primacy of the «social interests»).

To begin with the side of the «unintentional order», it is easy to realize that the Contract, which is *in principle* the form with which free individual wills dispose of what (also *in principle*) is and remains private, functions

²³ The expression popularized by J. BINDEL, *Il mito Pretty-Woman*, Morellini, Milano 2019.

²⁴ C. ZAMBONI, *Il simbolico*, p. 294: «It was a matter of bringing to language and therefore potentially to all speakers what was gained in women's practices structured around living and affective relationships. Practices that had the ability to suggest transformative paths for women who cared about freedom and which could also be true and taken up by other women and men who had a taste for a freedom experienced and felt firsthand».

today as the instrument for governing, and in extreme detail, a vast range of social relationships of the utmost importance, namely family, filiation, and personal statuses.

The Contract is shifting from the instrument of the non-intentional order to the instrument of an overly intentional order. Surrogacy contracts – which tell a far story different from that told by some happy gestational mothers – significantly prove this shift.

As the civil law Professor Valentina Calderai brilliantly demonstrates²⁵, those contracts openly cultivate the illusion, or even the utopia, that all social issues, included anything that is involved in surrogacy (which is to say: family relationships, individual statuses, children rights) is visible, transparent, manageable by the parties involved and, for that reason, subject to private acts of disposition, or in other words to the individual will. An assumption which, if generalized, would destroy the basis itself of social coexistence. While reducing law, in Stefano Rodotà's words, «to a mere container for commercial schemes», the idea of regulating birth and family by commercial contracts legitimates «a private power of control on women and children [potentially: on every human being] that is unprecedented and inconceivable in a legal order that promotes fundamental rights and equality without distinction of sex and personal or social conditions».

What emerges is a proprietary scheme of family relationships that navigates on a course of collision with every «contemporary constitutional law of filiation» which «goes in the opposite direction, that of the control of the power of parents on children». In addition, the archetype of paternal filiation as a standard for determining family statuses is resurging. This, Calderai maintains, «breaks down maternity in its elementary components, literally disintegrates it, and, with skillful labor at the margins of patrilineal parenthood, replaces it with a controlled process». In this light, Calderai conclusively remarks, the suppression of maternity as title for the maternal status is the immediate result of a mechanism which ends up denying maternity as such, «in the difference which is its specific dignity». While another set of “social missions” which symbolically reframe the societal institution «maternity» is promptly established for women (egg donors, gestational carriers, workers of the reproduction) something else happens: the living together, thanks to the reconquered individual sovereignty of the parties of a contract, is degraded to a regime of subordination for everybody²⁶.

²⁵ *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 3/2022, pp. 478-506.

²⁶ V. CALDERAI, *Ordine pubblico*, esp. pp. 490 ff., also discussing the famous ruling *Johnson*

Surrogacy then proves to be what it is: a struggle on the social meaning of maternity and thereby on its symbolic meaning, a battle in which the entire idea and the *concrete* possibilities of the living together are at stake because what surrogacy contracts regulate is nothing but the whole of human relationships.

If this is true, it means that in today's «normative» appeals to individual and contractual freedom, this latter, which should be the foundation of the unintentional anti-authoritarian order, function instead as an outpost of a truly “intentional” – and authoritarian - order.

If Contract Law aims to become a means for planning the entire society, the distinctive mark of Contract law has today shifted to one which, in the past, Hayek would have attributed to the Public legislation. That is the authoritarian utopia of the intentional order which relies on the belief that an all-encompassing, completely satisfying regulation of over-sensitive and complex matters can be reached, so to say, once and forever and out of every reasonable doubt, with the help of an ancient acquaintance of Modernity: a bit of calculating, instrumental, purely modern rationality.

This is insidious, but it is only a part of the problem.

The real and major peril that arises from this state of things is that it reinforces, for reaction, the authoritarianism already proper of the intentional order's supporters.

It is a fact that today very often a fundamental and not reassuring assumption of the intentional order is relaunched in the public debate, with the aim or the hope to counter the idea that freedom coincides with «doing what one wants, disposing of oneself and what belongs to any individual according to his or her interests alone».

The assumption that contrasts with this position consists instead in saying that, essentially, freedom does not exist, it is only the limited space of maneuver that Laws recognize to the individuals, distributing to each person their rights and related limits, after having ascertained their correspondence to the general utility or to the social good. In other words, freedom is the mere result of norms established by the Public Powers²⁷. In this light,

v. Calvert, 5 Cal. 4th 84, 94 (transl. mine).

²⁷ These are the traditional arguments of those who, in this way, aim to defend the “social interests” protected by the Italian Constitution, such as the interests of workers, from being exploited in the name of the liberty of contract. See L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 2021 (to be compared with the witty, lucid and provocative positions in favor of the freedom to trade sex and the body argued by V. ZENO-ZENCOVICH, *Sex and the Market. From Infamous Commerce to the Market of Sexual Goods and Services*, second edition, Romatre-Press, Roma 2015).

the ban on surrogacy (or every other legal limitation to contract-law) does not deny liberty and instead, if rightly interpreted, establishes its dimension, as it happens for liberty in general, which always depends on the legal order.

It is a sort of rebound effect. The supporters of the intentional order react to the unintentional order (which actually disguises an authoritarian recipe) by augmenting the authoritarian components of their arguments.

Collapsing into each other, the traditional dichotomies extinguish the idea of freedom which, on the one side, becomes synonymous with «power» and «will», and, on the other, with «law», «rule», «distributive justice».

Two opposed rhetoric are spreading: one, usually described as neoliberal, is aiming to reduce the concept of freedom to the domination of private will and to the exercise of a power over oneself and over others, who "freely" and by choice decide to sell or to rent themselves. The other, which could be called neo-solidaristic, claims that the only liberty a human being can aspire to is already pre-established by the norms of a positive order, in the paramount interest of the "Whole".

On both sides, nothing remains beyond the Contract (the Private) or beyond the Law (the Public), imagined as perfect and self-sufficient regulators of order.

The idea itself of liberty risks being put out of play, when instead it is the indispensable symbolic resource without which freedom has very little, if any, chance of existing practically.

6. If intentions matter: dropping a bit of spirituality in an over materialistic imaginary

The practice of the Symbolic is helpful in handling with this treacherous turn.

While sharing the not authoritarian position of the unintentional order, the practice of the Symbolic also helps to understand why this model is not capable of outlining and holding a convincing, and truly non-authoritarian, idea of order, and thereby it almost inevitably shifts towards its opposite, the intentional order.

The point is that the un-intentional model does not take sufficiently into account that every social order, to be such, needs to be supported by individual intentions.

The practice of the Symbolic teaches indeed that *intentions matter*: the intention of freedom of the interpretant and the interpreted is the first root

of the social existence of that freedom. In order to obtain a social order tuned to liberty, the intention of liberty, which is to say the individuals' desire for a freer, more just social order, matters far more than is suggested by the model of the unintentional order, which tends to confuse it with the mere calculation of one's own individual interests.

The practice of the Symbolic also warns that, precisely for them to continue to count, intentions must remain such, they must enter and remain in social exchange as they are. Otherwise, in the name of the unintentional order (and of its banners, the individual freedom and the Contract) something else, namely its opposite, comes into play. This explains the peculiar limits peculiar of the «intentional» order model. Here, intentions are mistaken for will and decisive rationality, for a voluntaristic and performative drive, for the weight of «numbers» or for the strength of the «good reasons».

To sum up: in the light of the practice of the Symbolic, both the intentional and the un-intentional order reveal to be flawed by their inability to think and treat *intentions as intentions*, as simple ways of *tending towards something*, as movements that bear a quality, which tries to impress itself on reality, without aiming to direct and predetermine it and without claiming intrinsic merits in the name of which to impose its own affirmation and recognition.

What both the models of the intentional and the unintentional order fail taking into account is the role played by subjective intentions which address the external reality, aiming to make some immaterial goods (such as freedom, justice and equality) present in it. Goods which are essential for the creation of a social order capable of truly operating as an order in the sense of being felt as meaningful to those, who live within it.

One could say that, in a nutshell, the practice of the Symbolic reminisces that individual, subjective intentions are often aimed at intangible, immaterial goods, which are nonetheless essential to the existence of society. It is easy to realize that these goods are nothing but the «transitive concepts» against which, according to Marcuse, the Modern Reason has fiercely fought.

Actually, the practice of the Symbolic conveys assumptions, that have been shared by many critics of Modern Rationality, especially by those (I have already mentioned Max Horkheimer; I could mention Simone Weil or Iris Murdoch²⁸) who have cultivated their criticism without the

²⁸ I have argued this point more in depth in *Principi del diritto principi della convivenza. Uno studio sulle regulae iuris*, Napoli 2022. There I trace an analogy among anti-positivistic conceptions of law, the Thought of the Symbolic, and the wide wave of thinkers, among

performative goals that are the profound flaw of Hayek's analysis. It is not by chance if this latter, loaded as it is with blatant political ends, while claiming to fight against utopias paradoxically ends up generating its own: the libertarian and over-rational utopia of the minimalistic State.

What are then the assumptions that other critics of the Modern Reason (the Thinkers of the Symbolic included) more disinterested than Hayek share?

Firstly, *a bit of anti-materialism*. Just enough not to renounce to the idea of transcendence, which is to say, to the ability or need which should be considered proper of the human mind, to make «things» that are neither definable nor objectifiable, as the Good or the Just, present and thereby real. Secondly and consequently, *the sense of the reality of reality*. According to many critics, what appears to be lost in modern thought is the sense that reality *is* real, because Modern Reason ignores its two basic preconditions. One is the capability of accepting that reality *is independent* from the human beings, that it is not entirely disposable to their pure will. The other is the capability of acknowledging that, this notwithstanding, reality still is the target of the human desire for being and is thereby participated by the individuals through their actions and their words that qualify the reality, making it what it is. Thirdly, the importance of *subjectivity*, devalued and side-stepped in a modern framework of thought where, even if the subjective survives or resurfaces, for example as the venue of knowledge, it does so at the cost of being the object of a constant work of purification from the contagion of other people's opinions and from the approximations of language. At this regard, it suffices to recall that on the contrary, the work of the Symbolic bets precisely «on the fact that what we read as true in the experience we live has a 'value of truth' for others. Not because others have experienced it, but because what is grasped bears a meaning that is not only subjective but prospective of a context, of a world. Getting out of subjectivism, while talking about first-person experience, means entering into the shared language in which there are ongoing conflicts about the way of understanding reality. There the conquered portion of truth is brought and this inevitably involves a criticism to other readings of reality»²⁹.

It is in consideration of these ideas that the practice of the Symbolic offers us back a simple consciousness, that otherwise risks getting lost: «society nourishes souls, it is the passage towards something that transcends givenness»³⁰.

The spiritual component of the social is the missing piece to the

those many jurists, and many women, who have criticized the Modern Reason.

²⁹ C. ZAMBONI, *op. loc. cit.*

³⁰ S. FERRANDO, on file with Author.

dualism (after all, an entirely modern construction) between Public and Private, Authority and Liberty, Individual and Social, that prevents these categories from being of aid in granting a convenient place to freedom.

Only by recognizing that the «social» holds something spiritual and that subjectivity is its living passer-by it is possible to emancipate the idea of social from coinciding with a material complex of power relations, or with an indistinct solidarity where individuality loses meaning and freedom is compromised. In other words, it is possible to liberate the «social» from being the signifier of an authoritarian discourse without relegating it to a secondary and boring component of the human experience, or even to an obstacle for its «free» development.

Hence the possibility of restoring space, breath, credibility and meaning to the idea of freedom, as a movement that does not end in the Private, and even less in the Public; as a perpetual «before and beyond» that cannot be captured by rigid determinations of Will (the Contract or the Law) but is generated, and always provisionally, in the concrete relationships between human beings. This is the gift of the Symbolic: by denying to each of the two opposing ideas of order – Private/Public, Individual/Social, Authority/Freedom – the claim to absoluteness and self-sufficiency, it gives us back the reason to participate in first person to the practical imagination of a better order. And this means, after all, putting a bit of liberty in the crude reality.

ABSTRACT

According to Hayek's classic distinction between Private and Public the one would correspond to a space of freedom and to a spontaneous (or unintentional) order; the other to a space of authority and to a planned (or intentional) order; the one to Liberalism, the other to Socialism. Recalling the case of surrogacy contracts, the article argues that, today, this distinction is collapsing. The Private and the Contract have ended up expressing an authoritarian logic of planification of the social world: the pleas to individual freedom and self-determination are used performatively, disguising a purpose of governing the entire society which is purely intentional. By reaction, the supporters of the planned order have sharpened their authoritarian arguments: people can claim no freedom, if not that recognized by laws in the general interests. How to escape from such a dead end? With the help of Feminist Thought and by recalling the pioneering experience of the Saint-Simoniennes, the article maintains that the dualism between Public and Private has always been too poor. In fact, it does not take into account that the social has a political and spiritual, i.e., symbolic, dimension, which exceeds both sides of that traditional alternative.

KEYWORDS: Public; Private; Feminism; Social; Symbolic; Saint-Simonism; Surrogacy Contracts.

Sara Rigazio

*Surfing Children:
on-line services, family's private choices and public controls.
The case of geo-location tracking applications on children*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The *normalization* of surveillance. From caring to controlling: the *datafied* family. The geo-location tracking applications – 2.1. Parental responsibility – 2.2. Autonomy of the child – 2.3. What role for the State and the institutions? – 3. The English experience: the U.K. Age-Appropriate Design Code – 4. The European and the Italian background: and yet it moves. Imitation and circulation of models in the matter of children's protection – 5. Conclusions.

1. *Introduction*

The use of geo-location tracking applications on children has rapidly increased in the last few years. The most popular ones such as Life360, FindMyiPhone, Tiles, AirTag, CircleHomePlus, are all family locator applications which allow parents or other family members - but mainly parents - to pin-point exactly their kids' location and whereabouts or other people in the family circle¹. There are different types of applications depending on the users' needs: some, for example, come with a so-called geo fencing option, that enables parents to mark concrete locations on the map and to turn them into safe-zones, so that the child is allowed to stay in those areas. This implies that if the child exits the safety zone, parents are immediately notified.

The most sophisticated ones even tap into the US National sex

¹ These applications are among the ones with growing popularity and reputation in the market of family locator service applications. In this respect, see J. MAVOA-S. COGHLAN-B. NANSEN, *It's About Safety Not Snooping: Parental Attitudes to Child Tracking Technologies and Geolocation Data*, in 21 (1) *Surveillance & Society*, 2023, pp.45-60. In particular, with regard to the application Life360, see B. SIMPSON, *Tracking Children, Constructing Fear: GPS and the Manufacture of Family Safety*, in 23 *Info. & Comm. Tech. L.*, 2014, p.273. See, also, S.S. Lim, *Transcendent parenting: Raising children in the digital age*, Oxford 2020.

offender database and alert parents when the child is close to a registered sex offender. Some of the most advanced devices have become so discrete that they go completely unnoticed by the child: this means that parents can use these apps without the child even knowing. This is the case, for example, of BzT's, an app which comes in the form of a washable tracker patch and chipset that can be put on a t-shirt, with an alarm that goes off every time the child wanders away, to notify the parents.

The reasons why the use of these instruments has become so frequent are many and diverse and depend on a variety of elements. Nevertheless, a common factor emerges and is that children are being *datafied* every day. According to the Children's Commissioner for England, «children growing up today are among the first to be datafied from birth»² and, we add, even *before* birth. This phenomenon is included in the wider one of *datafication*³. As it will be explained in detail, this process consists of a massive and systematic monitoring, recording and transformation of social actors' everyday practices - that are both on line and off line - into on line quantified data, thus allowing for real-time tracking and predictive analysis. Originated as a business model, it has evolved over time, going beyond the market. As a matter of fact, nowadays, it is completely ordinary using applications that track the behavior, the health, the habits of our children: this is exactly what Shoshana Zuboff has defined as the time of *surveillance capitalism*. This expression, coined in 2015, refers to a systematic and one-sided reduction of the human experience, considered in its entirety, to the status of a raw material - free - to be converted into information, i.e. data⁴. This data is then collected as predictive products and literally sold on the global market to traders who will exploit it for their own purposes.

In the specific context of minors, the *datafication* process is the result of two different actions: one, that consists of the direct engagements of children with digital media; the other, of the data generated and shared by their parents, other family members or third parties, by a number of Internet connected devices.

Among the many factors that concur to the datafication of children –

² Children's Commissioner for England, *Who knows what about me? A Children's Commissioner report into the collection and sharing of children's data* (2018). www.childrenscommissioner.gov.uk/wp-content/uploads/2018/11/who-knows-what-about-me.pdf.

³ J. VAN DIJCK, *Datafication, dataism and dataveillance: Big data between scientific paradigm and ideology* in 12 (2), *Surveillance and Society*, 2014, pp. 197- 208.

⁴ S. ZUBOFF, *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, in 30 *Journal of Information Technology*, 2015, pp. 75-89; Id., *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, London 2019.

including the domestication of the Internet (meaning that the presence of many connected devices at home changes the relationship itself between family members and social actors into the domestic environment) – the *mediatization* of parenthood has particular relevance.

Indeed, this element plays a critical role for the topic here addressed, since it implies that the parenthood performance is now 'evaluated' and 'assessed' through the digital media.

It is sufficient to think of all the web forums addressed to new parents or parents-to-be where the parenting capacities – especially the mothers' ones – are at stake and literally judged on the web, according to the web's parameters. In the same direction goes the quite recent but very common practice by parents known as *sharenting*, which is the semi-public sharing of family pictures and videos on social media or through the use of parenting applications. The idea of «good parenting» seems to be directly related to the amount of data entered and shared online: the paradox is that the more you monitor and supervise your child, the better (?) you demonstrate your (good?) parenting skills.

This context has paved the way to a state of *hypervigilance* by parents on their kids that, needless to say, didn't go unnoticed by the market and the business operators. And consequently, a wide variety of surveillance and tracking devices have been developed to the market and offered to parents. Some of these devices are designed to ensure children's online safety; others to limit their screen time online and others, as a matter of fact, to give specific information regarding the children's precise location.

This essay explores exactly the tension that arises between parents, children and the State or the institutions, when using geo locations tracking applications on children, in the wider context of *surfing* children and their protection in the digital environment. After a brief analysis on how the digital dimension has shaped and influenced the dynamics within the family, the paper considers the use of these specific tools from the parents, the children and third parties' perspectives.

Through the study of the UK Age-Appropriate Design Code as well as of the recent initiatives by the European Commission in the same direction, the paper advances the argument that a child-centered approach, conducted through the design discourse, seems to be appropriate one in the matter at stake. Indeed, for the first time the actors involved (parents, institutions and business operators) 'are forced' to adjust to the children's needs and dimension, giving, finally, legal traction to the concepts of the best interest and the evolving capacities of the child.

2. *The normalization of surveillance. From caring to controlling: the datafied family. The geo-location tracking applications*

The datafication of the relationships and the mediatization of roles within the family unit represent two key moments in order to understand the context within which this issue pertains. The process of datafication implies, as mentioned, that any aspect of people's daily lives becomes quantifiable, thus measurable and, in general, traceable as much as possible to predetermined categories (so-called data templates). Think of what happens in user profiling: based on choices and habits, drawn from data entered into the network, each consumer receives a personalized ad calibrated exactly to his or her needs and purchase expectations; at the same time, similar needs and expectations are 'cataloged' and grouped by classes of consumers with similar preferences, «to establish links and relationships, which are used mainly for economic purposes, to carve out from the person what the market is interested in»⁵.

Within the family circle, this process has distinctive nuances and takes place when the steps that define the different temporal stages of the lives of its members - expectation, birth, growth, more or less happy or significant events - are classified as 'data' and, as such, put on the net to be literally 'consumed', in the same way as any other good. The process of datafication is closely linked to the mediatization of roles: one, it could be said, cannot stand without the other. If, in fact, emotions and family experience become information, it is also because the members of the household - first and foremost the parents - take on and interpret their roles according to parameters and expectations that are peculiar to the digital dimension and its users. It is not only a matter of sharing confidential moments - a practice that was unimaginable until a few years before anyway - but of building, step by step, one's parental or family figure, relying, literally, on the digital dimension.

This can be done either through the well-known practice of sharenting, involving other users and sharing their experiences, or through the use of a range of applications. The latter, for example, have become an integral part of child management: they are used to check and note changes in the infant's habits (e.g., in sleeping or feeding) or monitor his or her health status and immediately notify him or her of any changes. As the child grows, they respond to different needs related to the child's activities in

⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari 2012, p. 395 who underlines the process of *extracting* information from individuals: "per stabilire nessi e relazioni, di cui ci si serve soprattutto per finalità economiche, per ritagliare dalla persona quel che interessa il mercato".

and out of the digital dimension, as in the case of geolocation. This is what some scholars have called “intimate surveillance” or «caring dataveillance»⁶: here the critical element consists of control (masked as care), implemented through the use and exchange of data⁷.

Data, however, do not remain confined to the family context, but circulate and are transmitted, like any other type of information becoming, therefore, economically relevant, exactly as theorized by Soshana Zuboff in the surveillance capitalism. In the context we have described there is a further element that contributes to accentuating the peculiar character of this process: the pervasiveness of the idea of surveillance, the perception that it has become essential to the life of each individual, almost ‘institutionalized’ and normalized, to the point of being ‘embedded’ in what has been called the «surveillant habitus»⁸.

Hence, surveillance receives outright legitimacy: for example, consider, among others, the practice, which has now become common in the United States of America, of monitoring student activities by educational institutions, even outside school hours, through digital devices provided by the institutions themselves⁹. Or to the recurrent use by public administrations of computerized databases as veritable tools for citizen management and control or, furthermore, to the continuing requirement to have to authenticate through credentials to access any kind of service¹⁰.

⁶ *Caring dataveillance* is the result of the combination between data and surveillance, preceduti da *caring*, ovvero prendersi cura di. On the topic, see T. LEAVER, *Intimate surveillance: Normalizing parental monitoring and mediation of infants online*, in *Social Media + Society*, 2017, n. 3(2), pp. 1-10; P. LUNT-S. LIVINGSTONE, *Is “mediatization” the new paradigm for our field? A commentary on Deacon and Stanyer (2014, 2015) and Hepp, Harvard and Lundby (2015)*, in *Media, Culture & Society*, 2015, n. 38(3), pp. 462-470.

⁷ This is the phenomenon known as *over-parenting*, *parenting out of control*, *helicopter-parent*. See. M.K. NELSON, *Parenting out of control: Anxious parents in uncertain times*, NYU Press, New York 2010.

⁸ D. LYON, *The culture of surveillance: Watching as a way of life*, London 2018.

⁹ D. KEATS CITRON, *Under their eye: the surveilled student*, in 76 *Stanford Law Review*, 2023; B. FEDDERS, *The Constant and Expanding Classroom: Surveillance in K-12 Public Schools*, in *N.C. L. Rev.*, 2019, n.97 (6), pp. 1673-1692; L. BECKETT, *Under Digital Surveillance: How American Schools Spy on Millions of Kids*, THE GUARDIAN (Oct. 22, 2019), <https://www.theguardian.com/world/2019/oct/22/school-studentsurveillance-bark-gaggle>.

¹⁰ O. H. GANDY JR., *The Panoptic sort: a political economy of personal information*, Oxford, 2019; S. IGO, *The Known citizen. A history of privacy in modern America*, Cambridge (US), 2018; W. HARTZOG, *Privacy's Blueprint: the battle to control the design of new technologies*, Cambridge, 2018; D. LYON, *Surveillance Studies: an overview*, Cambridge, 2007; Z. BAUMAN, D. LYON, *Liquid surveillance: a conversation*, Cambridge, 2012; J.B. RULE, *Private Lives and Public Surveillance. Social Control in the Computer Age*, New York 1974.

Gary Marx identifies four phases in the social process of normalization of surveillance: an initial latent phase in which it becomes less obvious but no less effective and pervasive; a subsequent expansion phase in which it, precisely, extends to new subjects and includes new activities; a further phase in which it is the surveillance action itself that responds and adapts to social changes; and a final phase in which it gives rise to a series of determined social behaviors¹¹.

In this regard, Marx observes that a new form of surveillance is taking place «invisible, involuntary, often integrated into routine activity»¹². And indeed, as it has been observed, it has become almost «mundane, everyday, commonplace»¹³. This is what Woodrow Hartzog introduces as «a new theory of privacy nicks» i.e. a slow but unavoidable erosion of privacy, operated at multiple levels, justified and promoted in particular by the legal and judicial formant, and which, on the level of the protection of fundamental rights, entails the constant renegotiation of the limits and standards relating to the right to privacy, to the obvious detriment of the community as a whole¹⁴.

It is exactly in this current environment of normal hyper vigilance that geolocation devices find extensive application. In general, as mentioned, these are tools that allow to pinpoint the geographic location of an individual or inanimate object with extreme precision. The technology behind them allows such detection to occur through a discovery, as in the case of gps systems or wi-fi networks, or through an inference, as in the

¹¹ G. T. MARX, *Windows into the soul; surveillance and society in an age of high technology*, Chicago 2016, 114.

¹² G.T. MARX, «What's new about the new surveillance?»: *Classifying for change and society*, in *Surveillance & Soc'y*, 2022, n.1 (9), p. 15.

¹³ S. BYRNE, *The Banality of Surveillance*, in *Surveillance & Soc'y*, 2022, n.20, p.372, secondo la quale «surveillance is ordinary work done by ordinary people».

¹⁴ W. HARTZOG - E. SELINGER - J. GUNAWAN, *Privacy Nicks: How the Law Normalizes Surveillance*, in *Washington University Law Review*, 2023, p.101. The authors argue how, especially in the U.S. context, in the face of massive action on the part of institutions and courts in affirming and defending the right to privacy, in the event of manifest and very serious violations, we are witnessing, on the contrary, a dangerous trend, whereby not only do the consociates become accustomed to constant vigilance but, even, judges and legislators encourage such acclimation. The theory of *privacy nicks* «posits that lawmakers are systematically normalizing surveillance by ignoring smaller, more frequent, and more mundane privacy diminutions». The normalization action also legitimized by the courts is demonstrated by the authors through reference to copious case law. Notable among the numerous cases cited are, *TransUnion LLC v. Ramirez*, 141 S. Ct. 2190, 2200 (2021); *Spokeo, Inc. v. Robins*, 136 S. Ct. 1540 (2016); *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276, 281-82 (1983); *People v. Harris*, 949 N.Y.S.2d 590 (Crim. Ct. 2012).

case of an IP address or past web search activities. In turn, geolocation can occur in real time or deferred time. As is easily assumed, the possibility of real-time localization is the most attractive feature for these tools, which drives the market for so-called location-based services¹⁵.

It should, moreover, be noted how these instruments were born and were initially used in emergency cases: to locate survivors following natural disasters, in the case of major air crashes. Life360, one of the first and most well-known geo-locators on the market, was created in 2008 in the aftermath of Hurricane Katrina to reunite the missing and their families. Certainly, in that case it was an emergency context; however, Life360 as well as all other similar devices, is designed for regular use in an everyday context that is far from exceptional. Among the various models on the market, those built, designed and offered for the needs of families have become increasingly numerous, to the point that the forecast for 2030 is an increase in market share of about 6.5%¹⁶.

To get a concrete idea of what we are talking about, just think that these devices can be inserted into digital watches or games used daily by children, or they can be applied on clothing or objects, without the child noticing¹⁷. As already mentioned, the use of these tools involves a number of considerations from different perspectives of investigation, which will be addressed in the following paragraphs.

2.1. Parental responsibility

A first reflection draws from the perspective of the parental responsibility. A study on children's use of the Internet, conducted in 2020 by a research team from the London School of Economics, in 19 European countries found that the parents surveyed considered the use of geolocation devices on their children to be an expression of their parental duty¹⁸.

¹⁵ K. MICHAEL - R. CLARKE, *Location and tracking of mobile devices: Ubervveillance stalks the streets*, in 29 *Computer Law and Security Review*, 2013, p.216.

¹⁶ See the report by Dataintel, written in 2022, entitled «Global Kids GPS Tracker Market, By Type (Real-time Location, Regular-time Location), By Application (Girls, Boys) And By Region (North America, Latin America, Europe, Asia Pacific, Middle East & Africa), Forecast From 2023 to 2031», in <https://dataintel.com/report/global-kids-gps-tracker-market/>.

¹⁷ A. SIIBAK, *Digital parenting and the datafied child*, in T. Burns & F. Gottschalk (Eds.), *Educating 21st century children. Emotional well-being in the digital age*, 2019, pp.103-118, OECD Publishing.

¹⁸ D. SMAHEL - H. MACHACKOVA - G. MASCHERONI - L. DEDKOVA - E. STAKSRUD - K.

This belief is shared by parents of children in different age groups¹⁹. The main motivation given regarding the use of these tools lies in the need to ‘protect’, to ‘keep safe’ their children, in the idea that knowing exactly their movements, on the one hand, gives the possibility to intervene in case of need, on the other hand, it represents a kind of reassurance, comfort, showing an almost blind trust in the technology itself²⁰.

In terms of the benefits of these devices, there is no doubt that they represent an additional tool available to the parent to ensure, at least within certain limits, the safety of their child. Recent events in the news show how the activation of the geolocation application has actually made it possible to intervene and rescue children in distress and, in some cases, even save lives²¹.

Beyond this clear fact that, moreover, confirms the original mission of these instruments as referred to above, the key element that would be appropriate to dwell on is related to the meaning of *protection*. In this respect, both the international legislation of the UN Convention on the Rights of the Child²² and the national legislation, confirm the duties in charge of parents or guardians to care for and educate the child.

ÓLAFSSON - S. LIVINGSTONE - U. HASEBRINK, *EU Kids Online 2020: Survey results from 19 countries*. *EU Kids Online*, in <https://www.lse.ac.uk/media-and-communications/research/research-projects/eu-kids-online/eu-kids-online-2020>. EU Kids Online is an international research network whose goal is to improve the degree of knowledge and awareness among European children about opportunities, risks and safety in the digital environment. Through the use of a multidisciplinary approach, the project aims to map the online experience of children and parents, in constant dialogue with national and European policymakers and stakeholders.

¹⁹ In relation to the issue of geolocation, the report analyzes age ranges between 9-11; 12-14; 15-17.

²⁰ M.B. RUTHERFORD, *Adult supervision required: Private freedom and public constraints for parents and children*, Rutgers University Press, New York 2011.

²¹ There have been numerous cases reported in the news, most recently that of the attempted suicide of a 15-year-old girl who, thanks to the geolocation app activated on her cell phone by her father, was located and rescued before she took her own life. See, https://corrieredibologna.corriere.it/notizie/cronaca/23_settembre_24/appena-ha-visto-la-testa-della-ragazzina-si-e-tuffato-cosi-il-carabiniere-ha-salvato-la-quindicenne-dal-torrente-2c8a0b47-dd66-4951-b442-2091826e0xlk.shtml.

²² The Convention on the Rights of the Child (CRC) A/RES/44/25 was approved by the United Nations General Assembly in New York on November 20, 1989 and entered into force on September 2, 1990. To date, it is the international document with the highest number of ratifications by states, with the sole exception of the United States. For the text of the Convention on the Rights of the Child see <https://www.datocms-assets.com/30196/1607611722-convenzionedirittinfanzia.pdf>. About the lack of ratification by the U.S. see S. SONELLI, I <<Children's rights>> nel diritto statunitense tra Costituzione e Convenzione mancata, in *Riv. critica del diritto privato*, 2019 (3), p. 415.

Articles 3 and 5 of the Convention repeatedly call parents and legal guardians to the duty to ensure the pursuit of the child's best interests, in accordance with the development of the child's capacities (evolving capacities), and to provide adequate means for the exercise of the child's rights. The international legislator further confirms the duty of parents to protect their child and, when (Art. 9) parents fail in this duty, entrusts states with the duty to supervise and, where appropriate, intervene, if the child suffers mistreatment by the parents. Finally, Article 18 is in continuity with the other provisions of the Convention in which parents are required to ensure decent living conditions as well as adequate levels of education, and it particularly emphasizes the profile of responsibility. This provision entrusts, in fact, both parents with the common task of raising and educating the child, evoking, at the same time, the intervention of the institutions called upon to accompany, through specific support actions, the family along this path.

In the national system, reference should certainly be made to Art. 30 of the Constitution and Art. 147 of the Civil Code, which sanction the right and duty of both parents to take care, in various respects (material, educational and moral), of their children, while taking into account their aspirations and abilities in the educational path.

As mentioned above, the right-duty of parents to protect their children clearly emerges but, on closer scrutiny, this protection is accompanied by an additional element. In the U.N. Convention it corresponds to the progressive development of the child's capacities (the so-called principle of the evolving capacities of the child); in Article 147 of the Civil Code it is substantiated by the wording regarding respect for the child's capacities and aspirations. This makes it possible, therefore, to decline the 'protection' required of parents not in the sense of 'control,' but in the sense of care, education, promotion of his rights and gradual empowerment of the child. This reading, moreover, is further endorsed by the very notion of parental responsibility.

The latter, as is well known, introduced by the European legislator as early as 1984 with a recommendation on the matter of family custody, and later taken up by the Brussels II bis Regulation of 2005, certainly consists of a series of rights and duties, which, however, are included in the educational path, in which parents and children participate, together - each respecting their own roles - and which represent the evolution, in a dynamic sense, of the concept of parental prerogative²³. It is in this

²³ G. BALLARANI, *L'affidamento condiviso e l'interesse del minore*, in AA.VV., *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro Primo Delle persone e della famiglia*, a cura di S. Patti-

perspective, therefore, that the parental role is entrusted with a protective function: not, therefore, a protection that is an expression of a mere desire - albeit sometimes humanly understandable - for control and surveillance, but rather a protection that is an accomplished expression of the child's entrustment to the parent, who, consistently with the level of maturity attained by the child himself, will have to accompany him (not control or supervise him) in the course of his educational choices²⁴. Following this line is therefore important to look at the child's perspective.

2.2. *Autonomy of the child*

In the issue addressed here, the perspective offered by the child plays a central role.

According to the English study referred to above, the minors interviewed clearly express their willingness to be asked and involved, assuming that this type of device is used on them. The research shows a general awareness, in all age groups considered, with respect to the need for one's own consent before the potential use, by others, of geolocation devices.

In this respect, therefore, the following are relevant: in general, the self-determination of the minor - understood as the progressive acquisition of autonomy, according to the level of maturity demonstrated and, specifically, the right to be heard. Both of these elements, strongly interrelated, are recognized and regulated by international and national legislation, with different nuances, related to the idea of capacity and agency²⁵.

L.R. Carleo, Bologna 2010, 97; E. BELLISARIO, "Parental Responsibilities": *i lavori della Commission on European Family Law*, in *Minori e Giustizia*, 2007, 61; P. Vercellone, *La potestà dei genitori: funzione e limiti interni*, in *Trattato dir. fam.*, directed by da P. Zatti, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura, G. Lenti, M. Mantovani, Giuffrè, Milano 2002, 962. On the process of the Europeanization of family law, and especially on the complexity and difficulties encountered on this tortuous path see M.R. Marella, *The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law*, in *European Law Journal*, 2006, 12(1), 78-105; M.R. MARELLA, *La specialità del diritto di famiglia nella scienza giuridica e nella comparazione*, in M.R. Marella- G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Laterza, Bari 2014, p. 39. On the project of the Common Core of Family law, see A. PERA, *Searching for a common core of family law in Europe*, in *1 Opinio Juris in Comparatione*, 2018, p. 51.

²⁴ J. FORTIN, *Children's rights and the developing law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, p. 40, who appropriately points out that the expression protection does not mean, however, subjection of the child to the adults' decisions.

²⁵ Among the many Authors who addressed this theme, see P. RESCIGNO, *Capacità di agire in Noviss. Dig. It.*, II, Torino 1958, pp. 862 ss; Id, *Capacità di agire in Digesto Civ.*,

Article 5 of the UN Convention provides that in the care and upbringing of the child, parents or legal representatives must take into account the development of the child's capacities. The distinguishing feature of this provision is, therefore, to make the child personally responsible for the exercise of the rights accorded to him or her under the Convention, and this, regardless of the specific age reached²⁶. While on a first reading the rationale behind the provision in question would seem to be that of maintaining a substantial balance between the rights of the child and those of the parents, without adding any particularly innovative elements, a closer reading reveals that the provision of Article 5 is, in fact, central to the understanding of the normative framework of the Convention²⁷.

This provision, indeed, recognizing the principle of the evolving capacities, introduces a turning point: as the child's level of maturity increases, as the social circle he or she attends widens beyond that of the family, and as he or she develops a range of emotional sensitivities, he or she is equally entitled to an increasing level of responsibility, agency and autonomy in the exercise of the rights recognized in the Convention. At the same time, family and institutions are called upon to provide adequate (appropriate)²⁸ direction and guidance so that this exercise can take place. It is in this sense that article 5 entails «a transfer of responsibility in decision-making processes from the adult to the child, provided that the latter demonstrates adequate maturity and willingness to assume such responsibility»²⁹. In this respect, as repeatedly emphasized by the UN Commission charged with monitoring the status of implementation of the Convention in each state, article 5 is participatory in nature and inherently 'enabling' functional to the progressive acquisition of capacities and competencies (agency) of the child³⁰. The notion of evolving capacities,

II, Torino 1988, p. 213 ss; A. FALZEA, "Capacità (teoria gen.)", in *Enc. Dir.*, VI, Milano 1958, p. 8 ss. Also, see. C. RUPERTO, *Età*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano 1967, in the sense that age constitutes solely a formal factor regardless of any substantive assessment. See, also, F. BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir.Fam.Pers.*, 1984, p. 55.

²⁶ *General Comment n.7, Implementing Child rights in early childhood*, paragraph 17, where it emphasizes the concept of maturity unrelated to age so to have "individual variations in the capacity of children of the same age".

²⁷ *Ex multis*, G. LANSDOWN, *The evolving capacities of the child*, Firenze 2005.

²⁸ G. LANSDOWN, *The evolving capacities of the child*, cit., 5, who affirms that «By inserting the word "appropriate", art. 5 removes any suggestion that parents or other caregivers have carte blanche to provide whatever direction or guidance they happen to believe suitable».

²⁹ G. LANSDOWN, cit., 4.

³⁰ CRC Committee, *General Comment n.7, Implementing Child rights in early childhood*, paragraph 17: «evolving capacities should be seen as a positive and enabling process, not an

on the other hand, also possesses a protective function, entrusted to the institutions and the family, which is expressed whenever the child is charged with responsibilities that exceed his or her capacities³¹, that is, depending on the nature of the right to be exercised and the concrete situation in which he or she finds himself or herself. The concept of capacity, in fact, carries within it an idea of dynamism and relativity: it depends on and is influenced by environmental and cultural factors, by the diversity and complexity of each child's growth path.

To provide a concrete dimension to this concept, Gerison Lansdown suggests applying some of the criteria that are typically employed in the context of medical consent, to ascertain the patient's level of understanding. Thus, the author invokes: the ability to understand and communicate relevant information, to think and choose independently, to assess risks and benefits, and, finally, the achievement of a sufficiently stable set of values. This approach, which is also shared by the UN Commission, combines the recognition of a progressive autonomy of the child with the protection-in the terms mentioned above-to which the child is nevertheless entitled³².

Linked to Article 5 is, as mentioned, Article 12 of the Convention, which recognizes and upholds the right of the child to actively participate in all decisions affecting him or her, with a view to the healthy and balanced development of his or her personality, in relation to the maturity experienced in the child. The international legislator has not restricted this

excuse for authoritarian practices that restrict children's autonomy and self-expression...».

³¹ See, in this regard, the Recommendations carried out by the Monitoring Commission on the Status of Implementation of the Convention on the Rights of the Child, charged by the UN with verifying that states introduce adequate measures to support and protect the child (among others, in the areas of labor, conscription and voluntary participation in the armed forces and marriage). It should be noted, moreover, that a large part of the Recommendations and comments carried out by this commission focus, on the one hand, on the need to ensure the constant protection of the child while avoiding its exploitation (especially in the areas mentioned above) and, on the other hand, on the need to ensure at the same time respect for the principle of the evolving capacities of the child itself, with the aim, albeit arduous, of achieving an acceptable balance between protection and promotion of the child. In particular, this need becomes more evident in health matters, where the committee requires that informed consent by the minor «*closely reflects recognition of the status of human beings under the age of 18 as rights holders in accordance with their evolving capacity, age and maturity*». Così afferma la *Committee on the Rights of the Child*, in *General Comment No. 4, Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/GC/2003/4, United Nations, Geneva 2003.

³² *General Comment n. 12, The right of the child to be heard*, paragraph 85 e *General Comment n. 20, On the implementation of the rights of the child during the adolescence*, paragraph 20.

to a mere statement of principle, but has precisely indicated that the child's opinion be received, in the appropriate instances, through the procedure of hearing³³.

Moreover, this is a provision that is fully consistent with the basic idea that permeates the entire structure of the Convention, namely that of a child who is the holder (from subject to the person Rodotà)³⁴ of rights and the protagonist of his or her own choices³⁵.

In the national legal system, scholars have recognized for some time now not only the necessity but also the opportunity to grant the child a gradual space of autonomous decision-making in existential choices, according to the level of maturity achieved and demonstrated³⁶.

Multiple factors have made it possible to achieve this result. Among them, the process of constitutionalization that has affected the family has certainly played a leading role, contributing to the realization of a model in which both the personal and family-relational dimensions of the individual find space and protection. It is precisely the recognition of the existence and coexistence of both these dimensions that is the key to a modern

³³ Article 12 of the Convention states that «States Parties shall guarantee to the child who is capable of discernment the right freely to express his or her views on any matter affecting him or her, the views of the child being duly taken into account taking into consideration his or her age and degree of maturity. To this end, the child shall, in particular, be given the opportunity to be heard in any judicial or administrative proceedings concerning him or her, either directly or through an appropriate representative or body, in a manner compatible with the rules of procedure of national law». See, E. BREMS, *Children's rights and universality* in J. Willems, *Development and Autonomy Rights of Children*, Intersentia, Antwerp 2002; J. MUNBY, *Making sure the child is heard* in *Family Law*, 2004, 338, n. 34. Regarding the procedural aspects connected to art. 12, see, A. BARRAT, *The best interest of the child – Where is the child's voice?*, in S. Burman, *Legal decisions on children in the New South Africa*, Juta Law, Lansdowne 2003, p. 45.

³⁴ S. RODOTÀ, cit., p. 149, who underlines the relevance of the person referring to «*al libero sviluppo della personalità*», as declined in the Constitution.

³⁵ W. VANDENHOLE - G.E. TURKELLI - S. LEMBRECHTS, *Children's rights. A Commentary on the Convention on the rights of the child and its protocols*, Northampton 2021; S. Detrick (edited by), *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, The Hague 1999; P. ALSTON - J. TOBIN, *Laying the foundations for Children's rights*, UNICEF, Firenze 2005; R. HODGKIN - P. NEWELL, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, UNICEF, 2007; D. MCGOLDRICK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child in International Journal of Law and the Family*, 1991, 132, n. 5.

³⁶ P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, Napoli 1975, 299, who affirms that «*avere minore età non significa aver minor valore rispetto agli adulti*»; P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2006.

reading of family law, which, on the level of the relationship between parents and children, is reflected in the formulation of Articles 155 sexes and 147 of the Civil Code³⁷.

The concern of the Italian legislator with respect to the promotion of the protection of the child can also be seen in the recent legislative intervention (so-called Cartabia reform) of 2022, which, among the many areas, has regulated in a more punctual and complete manner also the procedure of the hearing of the child. Particularly indicative, for the profile that is of interest here, is the Illustrative Report to the decree, in which, the legislator's desire to "protect the self-determination and personality of the child, which designates the individual's unique self to be identified not only in the natural capacities and inclinations but also in the expectations" of the child is expressly recognized³⁸.

Recognizing, therefore, that especially at the level of the legal formant, the gradual acquisition of the autonomy of the child, who has reached and demonstrated an adequate level of maturity, is now an established fact and also regulated, both in the international and national frameworks, what needs to be highlighted is how this autonomy is declined. In this respect, in fact, the genuinely 'revolutionary' trait of the Convention and the national provisions lies in having literally overturned the perspective from which to investigate childhood without betraying, diminishing or confusing either the peculiarity of the latter or, even less, the fundamental role entrusted to the family. Autonomy of the child does not, therefore, mean being free to indulge and justify one's whims, but consciously exercising one's rights by assuming the responsibilities related to them.

2.3. *What role for the State and the institutions?*

A further perspective from which to observe the use of geolocation devices relates to the circulation of data generated and transmitted by these

³⁷ M.R. MARELLA, *La rilevanza costituzionale della comunità familiare*, in M.R. Marella- G. Marini, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Bari 2014, 10. Sull'evoluzione storica della famiglia in Italia, v. P. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna 2002; F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1573.

³⁸ Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149: «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata», 52, in *Suppl. straordinario alla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2022 - Serie generale*.

tools. This is a very complex topic, which involves a plurality of issues and which, for obvious reasons, it is not possible to address in detail here. Therefore, I would like to focus on a single profile that I think is relevant: the role that the state and, more generally, institutions can (or should) play in protecting the data of people involved in the use of these tools. In this regard, I would like to refer to a 2017 decision by the Norwegian Consumer Protection Authority, which, following an investigation of a number of devices (smart watches) used by children and their families, equipped, precisely, with a geolocation and movement-tracking application for children, highlighted a number of problematic profiles³⁹.

The authority challenged the lack of security in the management of the data collected and in the way it was transmitted and, in particular, noted a glaring deficiency in terms of the protection of privacy and freedom of movement of both minors and other subjects involved.

The report showed, in fact, how completely unrelated users were able to infiltrate the software, listen to the conversations of minors and all those close to them, even converse with the minors themselves, watch them through the installed video camera and, indeed, know in detail all their movements and places visited. In this respect, the authority expressly identified the violation of the rights enshrined in the Convention on Children and Article 16 on the right to privacy. Additionally, the investigation noted, on the one hand, the possible distorting effects that continuous surveillance can have on the child's growth process and, on the other hand, the false sense of security⁴⁰ that such tools instill in parents who, on them, rely on them.

The authority, therefore, deemed it essential to refer the matter to the competent national privacy and market protection bodies, stressing the particular degree of seriousness of the violations in view of the specific situation of vulnerability⁴¹ of the recipients of the products, recalling

³⁹ Norwegian Consumer Council, *#Watch Out. Analysis of smart watches for children*, in <https://consumerfed.org/wp-content/uploads/2017/10/watchout-report.pdf>, October 2017.

⁴⁰ K. GABRIELS, *'I keep a close watch on this child of mine': a moral critique of other-tracking apps*, in 18 *Ethics Inf Technol*, 2016, p. 175.

⁴¹ There is no time here to delve into an analysis of the concept of vulnerability. It is only worth pointing out here how it should be looked at according to a broad taxonomy, which considers multiple and different factors. In this respect, the distinction between inherent and situational vulnerability is considered essential as is, likewise, the character of multidimensionality that characterizes the concept of vulnerability itself. In this regard, see C. MACKENZIE, W. ROGERS - S. DODDS, *Introduction: What Is Vulnerability and Why Does It Matter for Moral Theory?* in W. Rogers, C. Mackenzie, S. Dodds (eds.), *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2014,

similar positions taken by both the Children's Ombudsman and the National Data Protection Authority.

The Norwegian example highlights the inevitability of 'presiding over' the protection of personal data, in a reality in which continuous technological advances transform the entire social organization-determining that «social divide between increasingly transparent individuals and increasingly opaque powers» described by Rodotà⁴².

In the case of geolocation devices, this means first and foremost guaranteeing and maintaining the conditions of freedom of the person—in this case, the child—that only adequate action to protect privacy can sustain. And it is exactly in this respect that institutions should act, so that the person is not considered merely an inexhaustible source for data mining, and the technological tool solely a control and surveillance device to increase social vulnerability⁴³.

The data of minors, generated by the use of geolocation devices represent, indeed, the digitalization of the actions and events of their lives, their «electronic body»⁴⁴. It should, moreover, be noted that the concern for the protection and defense of fundamental rights in the context of data circulation, is also a priority element in the most recent legislative interventions at the European level. Most recently, the new Regulation on Fair Access to and Use of Data (the so-called Data Act), approved in November 2023 by the European Parliament and Council, expressly recalls the protection of fundamental rights as the leitmotif underlying the principle of data circulation and as the foundation for their proper and democratic use⁴⁵.

p.1, p.29; M. ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *20 Yale Journal of Law and Feminism*, 2009, p. 23; G. MARINI, *Intersectionality: genealogy of a legal method*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2021 (4) p. 472, p. 475; A. MENDOLA - A. PERA, *Vulnerability of refugees: Some reflections on definitions and measurement practices*, in *International Migration*, 2021, p. 1.

⁴² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari 2012, p. 337, who urges on a new action «che metta al centro una vera e propria reinvenzione della privacy».

⁴³ S. RODOTÀ, cit., p. 339 in relation to data base «concepita per meglio garantire la sicurezza, si trasformano in strumenti che rendono invece possibili aggressioni proprio alla sicurezza delle persone».

⁴⁴ S. RODOTÀ, cit., p. 159 «la vera realtà è quella definita dall'insieme delle informazioni che ci riguardano, organizzate elettronicamente. Questo è il corpo che ci colloca nel mondo».

⁴⁵ See, UE 2017/2394. At the time of this writing, the regulation is waiting to be published in the Official Journal with the final numbering. At the same time, negotiations on the more famous A.I. Act (regulation on artificial intelligence) seem to have come to an end with the approval of a text shared by member states. However, as is well known, one will

A similar approach can be found in Italy, where the Italian Data Protection Authority has undertaken a series of initiatives-sometimes leading the way with respect to Europe and beyond- aimed at (re)affirming the primacy of the protection of the person and his dignity, as opposed to the indiscriminate exploitation of personal data⁴⁶.

What has been said confirms, therefore, the 'public' dimension of the circulation of data, whose protection, clearly, also requires an assumption of responsibility by the institutions.

3. The English experience: the U.K. Age-Appropriate Design Code

Over the past few years, there has been increasing attention to the (broad and complex) issue of child protection in the digital environment. In the face of this, also in the light of the observations made, there still seems, however, to be a lack of an overall vision that truly takes into account not only the legitimate need for protection by parents but, also, the equally legitimate aspirations and expectations of minors, in the ways that I have described above. The case of geolocation devices is emblematic in this respect since it highlights how a single digital tool can be observed and evaluated from different perspectives.

As pointed out, in fact, dialogue and participation are essential in the decision-making process between the child and those exercising parental responsibility, but it is also necessary that institutions - given their public responsibility - and, in general, all stakeholders participate in this process.

still have to wait months to know its official text. For this reason, while recognizing the significance and importance of this milestone, we have chosen to look at the Data Act, which, although less famous, seems destined to play a prominent role in EU life because it deals with a multidimensional and cross-cutting issue with respect to EU competencies, namely the governance of data circulation. See the text at <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-49-2023-INIT/it/pdf>, points 8, 56 and 101.

⁴⁶ The Italian Data Protection Authority, the first in the world, acted in April 2023, blocking the well-known artificial intelligence system Chat GPT created by Open AI in an emergency measure. Among the alleged violations, the Authority pointed to the issue of age verification for accessibility by minors and the collection of user data in the absence of disclosure. The measure, predictably, elicited opposing reactions. Merit of the Italian decision, at any rate, was to open the debate internationally on this issue. See <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870832>. See, more generally, the 2022 report carried out by Authority President P. Stanzione, on July 6, 2023, entitled *The Power of Innovation and Digital Solitude. Data protection to protect the individual.*

A significant example in this regard is the UK Age-Appropriate Design Code (UK Children's Code), an innovative British experiment to look at with interest⁴⁷.

It is, in fact, a code of conduct drafted and approved in 2020 by the UK Information Commissioner Office (ICO), with which any company offering online services, which are (likely to be accessed) by children, must comply. The Children's Code came into force in 2021, and the national data protection authority (UK Data protection Authority) will have to take it into account whenever it verifies compliance with the UK GDPR as well as the Privacy and Electronic Communications Regulations (PECR). The courts will also have to do the same.

The Children's Code, in fact, is a statute and, therefore, occupies and plays a prominent role in the system of the hierarchy of sources. The subject would require an in-depth study that is not possible to carry out here, however, it should be noted that the English Code fits into that vein which, since the 15th century has characterized the evolution of direct legislation in English common law⁴⁸. From informal instructions in which broad discretion was allowed, in fact, statutes evolved into detailed directions to which the courts had to adhere scrupulously. The curious paradox that has always characterized statutes is that of formal supremacy and substantive subordination to the common law. If this has been the image, for a long time recurring among common lawyers themselves, that has constituted the classical systemological view, at the same time, as it has been observed, it must be recognized that statutes «have been crucial to the very formation of the whole intellectual scheme of the common law»⁴⁹ so that “for almost a century now common law has entered the age of statutes”⁵⁰. This

⁴⁷ <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/childrens-code-guidance-and-resources/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/executivesummary/>.

⁴⁸ It was in the Tudor period that common law legislation took on its modern character. Indeed, legislative production increased as never before, but this was not only a change in quantitative terms. Statute, in fact, also changed its character by becoming a precise analysis of the cases envisaged. On this point, see U. MATTEI, E. ARIANO, *Il modello di common law*, Torino 2018, p. 27, who point out that, as early as 1563, there was a legislative form typical of the present day, the consolidating act. On this point, see, among others, T. PLUCKNETT, *A Concise History of the Common Law*, 5th ed., Boston 1956; M.S. ARNOLDS, *Statutes as Judgements: The Natural Law Theory of Parliamentary Activity in Medieval England*, in 126 *U. Pa. L. Rev.*, 1977, p. 329.

⁴⁹ C.K. ALLEN, *Law in the Making*, 7^oed., Oxford 1964.

⁵⁰ The expression is by G. CALABRESI, *A Common Law of the Age of Statutes*, 1982, Cambridge-Mass.

is further confirmed today by the imposing presence of written law, which, especially with the advent of the welfare state, has increased by virtue of the new demands associated with it, and the Children's Code is certainly one of them.

The code consists of 15 standards aimed at ensuring the safety and promotion of children's rights online. The innovative and certainly relevant feature is that the entire statute is designed and modeled on the principles of the UN Convention on the Rights of the Child. Each standard is drafted incorporating as guiding principles the concepts of best interests and evolving capacities, as well as the child's right to privacy. One of the standards is specifically dedicated to geolocation devices.

In particular, the ICO recalls, on the one hand, the special attention that must be paid to children's data and, on the other hand, the consequences, in terms of vulnerability, that can result from improper use of these devices. In addition to the risks of physical safety, psychological violence and harassment, there is, in fact, what a persistent sharing of geographic location can cause in the child's psyche, namely, a sense of insecurity, invasion of one's space and privacy and difficulties in the development of one's identity. And it is precisely in this respect that the text recalls the UN Convention.

The standard becomes relevant as it provides a set of concrete guidelines to ensure transparent conditions that are in line with the rights of the child. It requires, in fact, that the geolocation device be turned off by default (by default) and be activated only if the pursuit of the best interests of the child requires it. Furthermore, and this is the critical point, the minor must be constantly informed and aware of the fact that the device has possibly been activated. Finally, it is required that the minor must always be enabled to manage his or her personal data. On closer examination, therefore, the child is not only placed at the center of the action but, at the same time, is empowered, exactly as envisaged by the principle of the evolving capacities in the UN Convention.

It should, moreover, be noted that the provision of deactivation by default cannot and should not be relegated to a simple technical-informatics gesture. As has been argued, it is, instead, a matter of choosing to protect the fundamental rights of the person and, therefore, to prepare a system of shared responsibility, by the institutions, the family and, certainly, also by the other stakeholders who, in various ways, are involved in the process⁵¹.

⁵¹ In this regard, it seems pertinent in terms of institutional accountability to recall the order of the U.S. Federal Trade Commission (FTC), which on December 19, 2023, challenged a distorted and discriminatory use of facial recognition techniques in security video surveillance operations against the well-known distribution company Rite Aid. As

The value of the Children's Code lies, as a matter of fact, in having identified a series of actions and indications – concrete – that, although primarily addressed to commercial operators, necessarily imply the involvement of the child, those who exercise parental responsibility and those who, more generally, play an active role in this context. And in fact, in this regard, it is worth recalling that institutions, associations representing children's rights and hi-tech companies participated and collaborated in the phases relating to the drafting of the code with the aim – in the design and development of online services – of pursuing the best interests of the child⁵².

This is precisely in line with Article 3 itself of the UN Convention, which, as is well known, expressly calls for the intervention of «public or private social welfare institutions, courts, administrative authorities or legislative bodies»⁵³.

Particularly relevant is the penalty system activated by the ICO itself: in case of violation, large sums of money are to be paid⁵⁴.

In a different respect, the UK Children's Code fits into a more general trend that, in the last few years, has attracted attention and curiosity from

a result, the company was prohibited from using the technology for a duration of five years. The FTC contends that “Rite Aid’s reckless use of facial surveillance systems left its customers facing humiliation and other harms, and its order violations put consumers’ sensitive information at risk.” In essence, women and people of color were allegedly discriminated against solely on the basis of their gender and skin color, identified as ‘potential shoplifters,’ and, because of this, humiliated and discriminated against in the presence of other customers by the surveillance officers. SEE <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/12/rite-aid-banned-using-ai-facial-recognition-after-ftc-says-retailer-deployed-technology-without>.

⁵² A very important role in the drafting of the code, for example, was played by the 5rights Foundation, a charity established at the behest of Baroness Beeban Kidron who, since 2018, has been an active spokeswoman for an intensive campaign to protect and promote children's rights in the digital dimension. To date, the foundation represents one of the main interlocutors on the subject, not only in the UK but also in the international context.

⁵³ The bibliography on the best interest of the child is very extensive and it is not possible to give an exhaustive report here. In particular, on the concept of best interest in the different language versions see C. FOCARELLI, *The New York Convention on the Rights of the Child and the concept of «best interest of the child»* in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981. Among the authors, see M.R. MARELLA, *Fra status e identità. The interest of the child and the construction of parenting*, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Napoli 2018, vol. II, 1213 ff; L. LENTI, *The interest of the child in the jurisprudence of the European Court of Human Rights: expansion and transformation*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148.

⁵⁴ <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/childrens-information/childrens-code-guidance-and-resources/age-appropriate-design-a-code-of-practice-for-online-services/enforcement-of-this-code/>.

the scholars, namely the design discourse. This is a true cultural movement that, born in the 1990s in the context of organizations, has gradually expanded into numerous other fields of interest, including law, in the sense of legal design. The underlying leitmotif is: act before, not after. In other words, it requires that any regulatory action taken put the needs of the individual at the center and, moreover, that such action be thought out and designed in advance. Among the various applications of this innovative approach, the technological field has proved particularly fruitful so that, especially in this field, the scholars have developed a number of reflections: among them, that on privacy by design, responsible innovation, and participatory design⁵⁵. The hallmark of the design discourse remains, however, that of responding concretely to the needs of the user - with full respect for his or her rights and dignity as a person - as demonstrated by its already numerous applications: the UK Children's Code is one of them.

4. The European and Italian background: and yet it moves. Imitation and circulation of models in the matter of children's protection

The Children's Code experience seems to have, indeed, paved the way for a number of initiatives that, more or less intensively, have already incorporated, or show intent to incorporate, the English model. Overseas, on September 15, 2022, the California State Assembly approved the California Age-Appropriate Design Code (CAADC)⁵⁶, while on July 13, 2023, the group of European experts that will be tasked with drafting the European Age-Appropriate Design Code⁵⁷ met for the first time. It should, moreover, be noted that even earlier, in 2021, a European state, the Netherlands, approved the Code voor Kinderrechten⁵⁸, expressly recalling the British Children's Code. The Dutch text contains guidelines

⁵⁵ A. CAVOUKIAN, *Privacy by Design: The 7 Foundational Principles*, <https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/7foundationalprinciples.pdf>; D.G. HENDRY, B. FRIEDMAN, S. BALLARD, *Value sensitive design as a formative framework*, in *23 Ethics and Information Technology*, 2021, pp. 39-44; L. BYGRAVE, *Security by Design: Aspirations and Realities in a Regulatory Context*, in *8 Oslo law review*, 2021; W. HARTZOG, *Privacy's Blueprint: The Battle to Control the Design of New Technologies*, Cambridge, 2018.

⁵⁶ AB2273 California Age-Appropriate Design Code, https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=20210220AB2273.

⁵⁷ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/group-age-appropriate-design>.

⁵⁸ https://codevoorkinderrechten.nl/wp-content/uploads/2021/03/20210311_Code-voor-Kinderrechten_v1-1.pdf.

for companies offering online services that are also accessible by children, recalling the principles of the UN Convention and requiring the adoption of a series of behaviors inspired by the approach by design.

Like its U.K. counterpart, the CAADC is primarily aimed at online service companies, which might be used by children, and prescribes a number of guidelines for business operators to comply with. Particularly relevant among these are those related to profiling, data minimization and geolocation activities, as well as data protection impact assessments (DPAs). By April 1, 2024, the state data protection authority (California privacy protection agency), in collaboration with a group of experts in juvenile law, must publish guidelines for companies. The CAADC text not only explicitly calls out the British model but, likewise, suggests that companies themselves look to what their British counterparts have put into practice «for guidance and innovation...when developing online services». In addition, it is interesting to note that the concept of the best interests of the child is mentioned several times, and this becomes even more significant when considering that the United States is the only country that has not yet ratified the UN Convention on the Rights of the Child.

Also with regard to the European Union, as mentioned, the intention is to draft a code that, based on the provisions of the Digital Services Act and the General Data Protection Regulation, can guarantee greater privacy and security for children online. The European initiative is the result of a path undertaken by the EU institutions starting in 2012 and which has gradually gained relevance – also in terms of increased awareness – especially thanks to the contribution of nongovernmental organizations working in the field of children, traders and experts, as well as representatives of the EU institutions. And in fact, the group that is to be responsible for drafting the code includes academics, digital industry insiders, and representatives of civil society⁵⁹.

In Italy, as mentioned above, the Guarantor Authority has been pursuing for some time a series of initiatives aimed at sensitizing and empowering users – both minors, parents and, more generally, all those who use digital tools and, in particular, social networks – to a more conscious and appropriate use in compliance with the European reference legislation on data protection. The activity of the Garante has focused, on the one hand, on substantive measures such as, for example, the blocking of Chat Gpt, the chat box Replika and Tik Tok; on the other, on projects

⁵⁹ <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/members-special-group-eu-code-conduct-age-appropriate-design>.

and proposals, as in the case of revenge porn or cyberbullying, often implemented in collaboration with educational institutions, which aim to spread generalized digital civic education⁶⁰.

What has been said provides an element that I believe is relevant for the purposes of this contribution: to a common problematic – that of protecting the child online (in the ways and in the declinations that have been described) – similar or, at any rate, certainly shared answers are obtained from different legal systems. In this respect, therefore, the transposition of the English Children's Code would seem to refer back to the phenomenon of the circulation of legal models which, as is well known, has always occupied a prominent place in the reflection of legal comparison. Without any pretense of delving into a topic on which influential scholars⁶¹ have measured themselves and which, moreover, would be beyond the specific object of this contribution, what I feel it is important to emphasize is that the takeover of the Age-Appropriate design code model could, indeed, represent a way to achieve the goal of real protection for online child users.

In this respect, therefore, we would be witnessing that phenomenon according to which, in areas that present very similar issues and problems to be solved, the acquisition of models already tested in other realities would facilitate a 'virtuous' process of reforms and, in a certain sense, could convince national and international actors, to adopt such models⁶²

⁶⁰ A. GHIGLIA, *Educazione Civica Digitale*, Roma 2023.

⁶¹ A. WATSON, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Edinburgh 1974; Id., *Law and legal change*, in 38 Camb. L. J., 1978, p. 313; Id., *Two Tier Law, an approach to law making*, in *Int. & Comp. L. Q.*, 1978, p. 552; Id., *Legal change: sources of law and legal culture*, in 131 *Un. Of Pennsylvania L. Rev.*, 1983, p. 1121. On some critics to Alan Watson, see O. KAHN-FREUND, *Book Review, Legal Transplants*, in 91 *L.Q.R.*, 1975, p. 292; W. TWINING, *Diffusion of law: a global perspective*, in *Journal of Legal Pluralism*, 2004, p. 49; Id., *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*, London, 2009; P.G. MONATERI, *The 'Weak Law': Contaminazioni e culture giuridiche (Borrowing of Legal and Political Forms)*, 2008. On formants and the circulation of models, see, R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1991, 1, 39, pp.1-34; R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi Giuridici Comparati*, Torino 1996, 4; R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, *Digesto civ.*, II, Utet, Torino, p. 365. See, also, U. MATTEI, *Why the wind changed. Intellectual leadership in western law*, in 42 *Am. J. Comp. Law*, 1994, p. 195; A. WATSON, *From legal transplants to legal formants*, in *American Law Journal of Comparative Law*, 1995, 43, 3, 469; P. G. MONATERI, *Black Gaius*, in *Hastings L.J.*, 2000, 51, 510.

⁶² M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge, Theoretical Inquiries in Law*, 2009, (10) 2, p. 693. Si veda, inoltre, in materia di protezione ambientale, B. POZZO, *Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici tra in campo ambientale: tra imitazione e innovazione*, in *Studi in Onore di Antonio Gambaro. Un giurista di successo*, Milano 2017, p. 351.

that are similar to each other and, therefore, also achieve a certain level of 'spontaneous harmonization' of standards of protection and fundamental principles⁶³.

And indeed, while recognizing that the issue of children's rights confronts – at least in some respects – specific social, cultural and legal contexts, at the same time one cannot but admit the global and universal nature of many underlying issues, especially in a dimension – such as the digital one – which, by definition, transcends any boundary and which, as the issue of geolocation has highlighted, requires common responses.

5. *Conclusions*

The analysis on the use of geolocation devices that has been carried out shows how the tension between the child, parents and institutions can, in fact, be reduced and contained where we choose to put the child at the center, adopting a genuinely child-centered perspective.

This is not an easy task: a context in which everyone accepts normal daily surveillance while at the same time being subjected to it, combined with a still low awareness of and sensitivity to the recognition of children's rights, means that even institutions struggle to adopt such a perspective. Resistance, moreover, coming from some stakeholders, such as large I-tech groups, certainly adds to the difficulties. Reality thus presents us with a picture that is in some ways worrying: the recent Chat Gpt affair – and all the other lesser-known but equally serious episodes that occur on a daily basis – are proof of this. However, as we have tried to argue, it is the principles underlying the Convention – of evolving capacities, of listening and, of course, of best interests, that represent – always and in any case – the keys to achieving the goal of genuine protection of the child and, moreover, the tools by means of which to assess the concrete case.

In this regard, the criteria indicated by Gerison Lansdown with reference to the principle of evolving capacities mentioned above – ability to understand and communicate relevant information, to think and choose independently, to assess risks and benefits – well could represent the discrimen to be used by all the actors involved. And thus, those exercising parental responsibility should use the digital tool of geolocation only when it actually serves the best interests of the child and not, instead, to satisfy a

⁶³ See, G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea*, Milano 2016.

selfish need for control.

On the other hand, depending on the level of maturity demonstrated, the child will have to be placed in a position to exercise his or her autonomy, which, it should be remembered, does not mean indulging his or her whims. Finally, institutions and civil society will have the task – in this case, yes, to supervise – so that the extreme hypothesis of the «dictatorship of the algorithm» hypothesized by Rodotà does not occur, in which the personal dimension of the decision disappears and the latter is entrusted exclusively to automated procedures, as happens, in fact, in the default settings (by default) of geolocation devices⁶⁴.

In this respect, one of the merits of the British Children's Code was to prepare a model that, with regard to the decision-making and drafting process, involved a range of operators and stakeholders with very different positions, but equally decisive in the specific context. This *modus operandi* could be-and indeed already is, at least for the phenomena of code imitation-a useful suggestion in regulatory hypotheses involving different centers of interest.

Certainly, the Children's Code will not solve the entire complex of issues that have only been hinted at here. However, it should be noted that, perhaps for the first time, institutions, civil society and stakeholders have had to adapt to the juvenile dimension when, instead, the opposite has always been the case. The standards contained in the code, by operationally indicating to business operators, families, and the minors themselves what is necessary to protect the child, aim to bridge the gap between law in the book and law in action⁶⁵.

Whether they will succeed in practice is too early to tell, but it can be evaluated in the coming years.

⁶⁴ S. RODOTÀ, cit., p. 401.

⁶⁵ J.L. HALPERIN, *Law in books and law in action: the problem of legal change*, in *64 Me. L. Rev.*, 2011, p. 45; R. POUND, *Law in books and law in action*, in *44 Am. L. Rev.* 1910, p. 12; D. NELKEN, *Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*, in *42 Legal studies* 1984, pp. 157-174. P.G. MONATERI, *Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei "sistemi" e la modernità politica*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt 2018, pp. 267-290; R. SCARCIGLIA, *L'Oggetto Della Comparazione Giuridica (Objects and Legal Comparison)*, in R. Scarciglia (edited by), *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna 1966, pp. 47-68; G. AJANI, B. PASA, D. FRANCAVILLA, *Diritto comparato: lezioni e materiali*, Torino 2018; A. SOMMA, *Giochi senza frontiere: Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2004, n. 37, pp. 169-205.

ABSTRACT

The process of datafication has now pervaded every aspect of our lives, including family dynamics. This process also affects the way one's role and function within the family unit, whether as a parent, child or institution, is performed, understood and evaluated in and by the social community. The case of the use of geo-location tracking applications on minors represents, in this respect, an interesting opportunity to reflect on the complexity but, at the same time, the need to ensure a balance between the participatory rights of the child, the parental responsibility and the role attributed to the institutions, with a view to constantly guaranteeing and pursuing the best interest of the child. Recent legislative interventions in some countries contribute to cast a light in this analysis.

KEYWORDS: Geo-Location Tracking Applications; Self-Determination; Parental Responsibility; Human Dignity.

Giuseppe Rossi

*The Fading Boundaries between the Law of Copyright
and the Regulation of Media Markets*

SUMMARY: 1. The latest episode: The project of a European Media Freedom Act (September 2022). A copyright-law based definition of “press” – 2. Is directive 2019/790 a piece of copyright legislation, or of market regulation? – 3. 1990s – 2000s: Is the copyright/market regulation commingling really new? – 4. Early XXth-Late XIXth centuries: copyright law facing music recording and filmmaking – 5. The public dimension of copyright and of its contracts – 6. 1787-1789: the copyright clause in the US federal Constitution – 7. 1709-1710: The Statute of Anne as a piece of market regulation – 8. The law of copyright and the public/private law divide.

1. *The latest episode: The project of a European Media Freedom Act (September 2022). A copyright-law based definition of “press”*

The EU Commission’s proposal for a regulation establishing a common framework for media services in the internal market (“Media Freedom Act”)¹ is the first attempt to draft a UE wide regulation of media markets, including rules protecting media pluralism and editorial freedom of media service providers, as part of a much wider strategy of regulation of heterogeneous aspects of the digital economy. The enforcement of such principles, though enshrined in the EU Charter of Fundamental Rights at art. 11, par. 2, up to now was a matter for state laws. For example, according to the EU regulation of mergers “plurality of the media” is a “national legitimate interest” on which states may ground “appropriate measures” with reference to mergers with EU relevance². This was a consequence of

¹ European Commission, Proposal Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a common framework for media services in the internal market (European Media Freedom Act) and amending Directive 2010/13/EU, COM (2022) 457 final, of September 16, 2022.

² “Yet, the intrinsically transnational nature of broadcasting services implies that media freedom, media concentration, and media independence issues can hardly be addressed only at a national level. In addition, recourse to competition law may address only some

the assumption that media markets were national, due mostly to language barriers and cultural factors. Recent developments, linked mostly to the diffusion of digital technologies, cast doubts on such assumption. Following the experience of the EU regulation of electronic communications, the proposal recognizes the existence of European markets for media services. Furthermore, recent national pieces of legislation aimed at strengthening political control on the media³ induced the Commission to introduce new EU-wide instruments, to make the protection of pluralism effective against state measures which are completely beyond the area of application of competition law, or the economic sphere generally⁴.

The Commission's proposal includes a copyright law-based definition of "press." According to art. 2, "media service" means "a service ... where the principal purpose of the service or a dissociable section thereof consists in providing programmes or press publications to the general public, by any means, in order to inform, entertain or educate, under the editorial responsibility of a media service provider". "Press publication" means "a publication as defined in Article 2(4) of directive 2019/790/EU". This article defines "press publication" as "a collection composed mainly of literary works of a journalistic nature, but which can also include other works or other subject matter, and which: (a) constitutes an individual item within a periodical or regularly updated publication under a single title, such as a newspaper or a general or special interest magazine; (b) has the purpose of providing the general public with information related to news or other topics; and (c) is published in any media under the initiative, editorial responsibility and control of a service provider".

Directive 2019/790/EU is namely a piece of copyright statutory law.

aspects of those issues": R. MASTROIANNI, *Freedom and pluralism of the media: an European value waiting to be discovered?*, in *MediaLaws*, 2022, pp. 100-110, 105.

³ C. HOLTZ-BACHA, *Freedom of the media, pluralism, and transparency. European media policy on new paths?*, in *Eur. J. of Communication*, 2023 (available online: <https://journals.sagepub.com/doi/epub/10.1177/02673231231176966>, last access January 2024) highlights the link between the proposal and developments in Hungarian media laws from 2011 onwards, aimed at strengthening governmental control on media outlets. V. IAIA, *The regulatory road to the European Media Freedom Act: opportunities and challenges ahead*, in *MediaLaws*, 2023, pp. 221-240, 237 recommends "a granular approach, based on the level of media freedom ensured in each Member State, considering that some stronger measures would not be necessary for those States where the media market operates well."

⁴ The legal basis for an EU statutory intervention on the protection of media pluralism and freedom of expression is highly controversial. See, e.g., V. ZENO-ZENCOVICH, *The EU regulation of speech. A critical view*, in *MediaLaws*, 2023, pp.11-18, 16, who defines the proposal "the summit of Commission's invasion of the field of freedom of expression."

The Commission's choice to refer to a copyright-law provision to define such a consolidated notion like that of "press" may seem odd, arbitrary, or just the outcome of some bureaucratic coil. This holds true insofar as we assume that there is no link between the law of copyright and that of market regulation, since copyright belongs to private law, and its function is *ad singulorum utilitatem* only. Following this perspective, of course, the *singuli* whose interests are protected by copyright are the authors, or the right-holders generally. Such a position may seem a bit too far-fetched, or at least outdated. It has been a while since copyright openly trespassed into the domain of public law, for example through the introduction of administrative procedures of intellectual property rights. Anyway, the focus was still on the interests of right-holders, which benefited from more efficient, faster, and cheaper tools than the usual court procedures. Such administrative means of enforcement aim, of course, mostly at contrasting online piracy, whose technical features often make resort to judicial enforcement scarcely practicable.

Administrative enforcement of IPRs is not, of course, a form of market regulation. The European Media Freedom Act undoubtedly is. The fact that this piece of market regulation borrows a copyright-based notion of "press" suggests that the existence of a product-service such as the "press," with those specific features which entitle it to the copyright protection provided for by directive 790/2019/EU, is a constituent element of the legal configuration of the market which the law-maker intends to regulate⁵. Such features, according to the above-quoted definition, are the "journalistic nature," the "periodicity" of the publication, its informational function, and, mostly, the "initiative, editorial responsibility, and control of a service provider," which is the right-holder on the publication. The same reasons which ground the granting to publishers of press publication of copyright protection "for the online use of their press publications by information society service providers," according to art. 15 of directive 790/2019/EU, stand behind the regulatory choices of the new bill. The proposal for a European Media Freedom Act does not aim at protecting freedom of expression as a general principle, but at safeguarding a specific way of producing and disseminating information on matters of public interest, which can be summarized by reference to the notions of "journalism"

⁵ A critical reading is offered by J. BARATA, *Protecting Media Content on Social Media Platforms*, in *Verfassungsblog – On matters constitutional*, 2022, available at: <https://verfassungsblog.de/emfa-dsa/> (last access: January 2024). The author highlights the risk of discrimination against non-professional information providers, like citizen-journalists, also with reference to case law of the European Court of Human Rights.

and “newspaper publishing.” This is clarified by recital 7 of the proposal, which states that the definition of “media service”: “should exclude user-generated content uploaded to an online platform unless it constitutes a professional activity normally provided for consideration (be it of financial or of other nature). It should also exclude purely private correspondence, such as e-mails, as well as all services that do not have the provision of audiovisual or audio programmes or press publications as their principal purpose, meaning where the content is merely incidental to the service and not its principal purpose, such as advertisements or information related to a product or a service provided by websites that do not offer media services. The definition of a media service should cover in particular television or radio broadcasts, on-demand audiovisual media services, audio podcasts or press publications. Corporate communication and distribution of informational or promotional materials for public or private entities should be excluded from the scope of this definition.” The qualifying aspect of information provided by media services is its “professional” nature⁶. Moreover, such information must be supplied to the public in a context which has providing information as its main purpose. This implies that the public recognizes such context as a source of information on matters of public interests. Forms of communication functional to further and different purposes, such as corporate communication, including advertising, are therefore excluded⁷. Within this model, the “journalist” is

⁶ Recital 16 mentions “journalists” and “editors” as “the main actors in the production and provision of trustworthy media content, in particular by reporting on news or current affairs,” and it adds that the notion of “journalists” should encompass journalists “operating in non-standard forms of employment, such as freelancers.” On the contrary, persons who collect information and disseminate it in a non-professional manner, such as social network users, current affairs bloggers etc. are excluded.

⁷ It is not clear whether the definition of “media service,” and the subsequent definitions, including that of “press,” include media outlets and journalists working on a not-for-profit basis (e.g.: organizations funded by grants or donations). The definition of “press” in directive 790/2019 makes no reference to the for-profit or non-profit purpose of the publisher, being sufficient that the publication “has the purpose of providing the general public with information related to news or other topics,” and “is published in any media under the initiative, editorial responsibility and control of a service provider.” The inclusion of non-profit professional information in the scope of application of the Media Freedom Act seems consistent with the purposes of the proposal, considering the role played by non-profit media in contemporary society, provided that their providers comply with professional standards, and adhere to journalistic codes of ethics. See E. BROGI *et. al.*, *The European Media Freedom Act: media freedom, freedom of expression and pluralism*, study requested by the European Parliament’s Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, Brussels, 2023, p. 46, available online: <https://www.europarl.europa>.

a person having specific skills and responsibilities in fact-finding and fact-checking, who operates within a hierarchy, having an editor-in-chief at its top level. This hierarchical editorial staff operates within the entrepreneurial organization of a publisher, which, according to the EU statutory wording, takes “the initiative, editorial responsibility, and control” of the publication. In the Media Freedom Act, alongside the definition of “press,” there is a definition of “programmes,” patterned upon that of directive 2010/13, on the provision of audiovisual media services⁸. The “editorial responsibility,” meaning the power of a service provider to make choices on the content of the audiovisual service, is the central element of these definitions as well⁹. It is now clear, after decades of development of heterogeneous forms of web-based non-editorial information, that this “classic” model is not the only possible way of producing and disseminating information. In the EU lawmaker’s view, nevertheless, such a “classic” model must be preserved, and this requires a multilevel statutory intervention, since cultural, economic, and technological forces are considered not sufficient, if not openly hostile¹⁰. This policy objective is expressly stated by recital n. 11 of the proposal: “In order to ensure that society reaps the benefits of the internal media market, it is essential not only to guarantee the fundamental freedoms under the Treaty, but also the legal certainty which the recipients of media services need for the enjoyment of the corresponding benefits. Such recipients should have access to quality media services, which have been produced by journalists and editors in an independent manner and in line with journalistic standards and hence provide trustworthy information,

[eu/RegData/etudes/STUD/2023/747930/IPOL_STU\(2023\)747930_EN.pdf](#) (last access January 2024).

⁸ Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council, of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive).

⁹ Recital n. 8 of the proposal distinguishes media service providers from “providers of video-sharing platforms or very large online platforms”, since the latter, unlike the former, although they “play a key role in the content organisation, including by automated means or algorithms [...] do not exercise editorial responsibility over the content to which they provide access.” Providers of platform services are governed by the different provisions of the Digital Services Act: Regulation 2022/2065/EU of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

¹⁰ Of course, this approach is highly controversial. See, e.g., the critical remarks by D. TAMBINI, *What is journalism? The paradox of media privilege*, in *Eur. Human Rights L. Rev.*, 5, 2021, pp. 523-539, according to whom the proposal envisages an unjustified “media privilege”. See also V. ZENO-ZENCOVICH, *The EU regulation of speech*.

including news and current affairs content.” According to these statutory wordings, “press publications” protected by directive 2019/790, and the informational content included in audiovisual media services, governed by directive 2010/13, are “quality media services,” properly because they comply with legal standards provided at both EU and national level, as well as with ethical rules governing journalism.

The overall effect of directive 2019/790 and the forthcoming Media Freedom Act should be to protect: i. the economic value of “press publications,” thanks to copyright protection granted to the publishers vis-à-vis online use of such publications by information society service providers; ii. their editorial freedom, against undue interventions by states (art. 4 of the Media Freedom Act); iii. their access to the public via “very large online platforms,” preventing the latter from arbitrary suspension of “the provision of its online intermediation services in relation to content provided by a media service provider” (art. 17)¹¹.

¹¹ “Article 17 is a very relevant provision because it recognizes the value of professional information by subjects who bear editorial responsibility for the contents they select, produce, and disseminate. The basic idea is that VLOPs should not be allowed to supervise traditional media providers that abide to journalistic standards and principles. As such, Art.17 provides a regulatory response to the dependency MSPs face vis à vis the VLOPs when it comes to distribution of media content, and it contributes to defining a new “status” of media service in the digital environment” (E. BROGI *et al.*, *The European Media Freedom Act*, p. 60). The authors note the parallelism between the debate on art. 17 and the lengthy discussions on art. 17 of directive 790/2019, alongside the risk of overlaps with the responsibility regime of very large online platforms provided for by the Digital Services Act. See also J. BARATA, *Problematic aspects of the European Media Freedom Act – old and new*, The London School of Economics and Political Science, 2023, <https://blogs.lse.ac.uk/medialse/2023/05/02/problematic-aspects-of-the-european-mediafreedom-act-old-and-new/> (last access: January 2024).

2. *Is directive 2019/790 a piece of copyright legislation, or of market regulation?*

From a strict copyright law point of view, the definition of “press” in directive 2019/790 is superfluous. Even before the directive, there were no doubts, both in EU case law¹² and in member states’ law¹³, that a writing dealing with current affairs was copyrightable, provided it was the original expression of the author’s view¹⁴. Of course, the journalists’ and the editor-in-chiefs’ copyrights can be assigned to press publishers, with the sole exception of moral rights. From the point of view of copyright law, a journalistic writing is simply a writing. On the other hand, according to the last sentence of art. 2, n. 4) of directive 2019/790: “periodicals that are published for scientific or academic purposes, such as scientific journals, are not press publications for the purposes of this Directive.” Such an exclusion is clearly out of focus, from a copyright law point of view, since academic and scientific works, published in “scientific journals,” are copyrightable writings, just like any other writing¹⁵. Of course, copyright is completely independent from both the nature/content and the purpose of a writing, provided that such writing meets the general copyrightability requirements. Therefore, the definition of “press” in directive 2019/790 is both superfluous and insufficient, if we look at it from a purely copyright law perspective¹⁶. But both the definition, and the very use of copyright

¹² See the *Infopaq* decision – EU Court of Justice, 16 July 2009, case C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagblades Forening* - at n. 44: “As regards newspaper articles, their author’s own intellectual creation, referred to in paragraph 37 of this judgment, is evidenced clearly from the form, the manner in which the subject is presented and the linguistic expression. In the main proceedings, moreover, it is common ground that newspaper articles, as such, are literary works covered by Directive 2001/29.”

¹³ See art. 2, par. 8 of the Berne Convention, stating that “The protection of this Convention shall not apply to news of the day or to miscellaneous facts having the character of mere items of press information.” There follows that the protection is granted to journalistic writings which are not “mere items of press information,” insofar as they express personal views of the author.

¹⁴ In US law, see *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918), pp. 234-235.

¹⁵ See art. 2, par. 1 of the Berne Convention: “The expression ‘literary and artistic works’ shall include every production in the literary, scientific and artistic domain, whatever may be the mode or form of its expression.”

¹⁶ For a critical reading of the definition, see E. CZARNY-DROZDZEJZKO, *The Subject-Matter of Press Publishers’ Related Rights Under Directive 2019/790 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market*, in *Int’l Rev. of Intellectual Property and Competition Law*, 51, 2020, pp. 624-641. The author underlines, inter alia, the ambiguity of the notion of “journalistic nature,” absent any EU law definition of “journalism,” and considering different definition in domestic laws.

entitlement, in the scheme of the directive, aim at purposes which are far beyond the realm of copyright, and impinge into market regulation. There is a perfect continuity between the directive and the proposal for a Media Freedom Act.

Directive 2019/709 defines “press” to provide “publishers of press publications” a two-years exclusive right on the “online use of their press publications by information society service providers.” Such an exclusive right is tailor-made on both sides, that of the rightsholders (the press publishers) and that of the targeted users (the information society service providers). The rightsholder is not the author of the journalistic work¹⁷, but the newspaper/periodical publisher, compliant with the classical “editorial” business model. The targeted users are not “online users” as a whole, but “information society service providers” only, while the right “shall not apply to private or non-commercial uses of press publications by individual users,” as stated by art. 15 par. 1. The rulemaker’s task, therefore, is not to set up a new IPR, but to regulate the market relationship between publishers and information society service providers (including online content-sharing platforms, subject to the best-efforts obligations provided for by art. 17 of the directive), in a specific market situation characterized by high transactional costs and unbalances of contractual power, to the detriment of publishers. This is clarified by recital n. 58: “Publishers of press publications are facing problems in licensing the online use of their publications to the providers of those kinds of services, making it more difficult for them to recoup their investments. In the absence of recognition of publishers of press publications as rightsholders, the licensing and enforcement of rights in press publications regarding online uses by information society service providers in the digital environment are often complex and inefficient.” Of course, the very notion of “licensing” implies that there exists some right to be licensed. Therefore, even prior to the directive press publishers had some right to license (the rights assigned to them by authors). Moreover, it remains unexplained how the new “recognition of publishers” as rightsholders should simplify or speed up enforcement procedures. Anyway, the directive goes one step further, and regulates the whole value chain journalists-publishers-information society service providers. According to the final paragraph of art. 15: “Member states shall provide that authors of works incorporated in a press publication [shall] receive an appropriate share of the revenues that press publishers receive for the use of their press publications by information

¹⁷ Whose rights are left intact and unaffected by art. 15 par. 2 of the directive.

society service providers.” In other words, the idea of the rule maker is that the economic value of press publications should be fairly shared between their authors, their original publishers and the entities which exploit them online. The notion of “fair share,” or “fair compensation,” is not new for the law of copyright, which often employs it to simplify the creation and exploitation of works, for example within the music recording and audiovisual industries. The new element, within directive 2019/790, is that the content producer, whom, within the usual scheme, is obliged to pay fair shares, alongside some categories of users (e.g.: radio and TV broadcasters), becomes the beneficiary of an entitlement to fair shares, which is functional to strengthening up its contractual chances vis-à-vis third-party exploiters, such as online platforms.

Anyway, within directive 2019/790 copyright for press publishers is a part of a wider scheme of market regulation, as it is apparent from the very structure of the directive itself. Title III is headed “measures to improve licensing practices and ensure wider access to content,” and it is made up of three chapters. The first deals with out-of-commerce works and other subject matter, with a view to facilitating public access to them. The second (“measures to facilitate collective licensing”), aims at speeding up licensing, with a view to market efficiency and public access to copyrighted works. The third (“access to and availability of audiovisual works on video-on-demand platforms”), aims at facilitating licensing as well, through independent mediation. The very nature of directive 2019/790 as a piece of market regulation, anyway, is expressly stated by the heading of title IV, which includes both art. 15, on the copyright of publishers of press publications, and art. 17, on the duties of online content-sharing platforms. Title IV is headed: “measures to achieve a well-functioning market for copyright.” While the first and second chapter of title four deal mostly with the intermediate segments of the market (the relationships between press publishers/other rightsholders and online content outlets), the third chapter regulates the upper segment, i.e.: the relationships between authors/performers and undertaking which exploit their works, including publishers and music or audiovisual producers. Arts. 18 and ff. of the directive introduce the general principle that authors and performers should get an “appropriate and proportionate remuneration,” alongside their right to “claim additional, appropriate and fair remuneration,” and their further right of revocation of transfers of rights in case of lack of exploitation.

Although the directive 2019/790 is headed “on copyright and related

rights in the Digital Single Market”, it deals with copyright not in itself, but as an element of a wide scheme of market regulation, where the key issues are the protection of the economic value of copyrighted works, the distribution of such values along the different segment of the value chain (starting from authors, and going downstream to content producers/publishers, and third-party online outlets), and the grant of adequate access of the public to the works, and, vice-versa, of works to the public¹⁸.

3. 1990s-2000s: Is the copyright/market regulation commingling really new?

Directive 790/2019, which has been a very long time in the making, is but one of the outcomes of the thirty-years-or-so long copyright v. access debate, which has accompanied the diffusion of the World Wide Web, and the development of technologies - services facilitating content reproduction/sharing/distribution (peer-to-peer platforms, social networks, audio and video streaming, etc.). Digital technologies lowered the cost of reproducing and distributing copyrighted works, to the point of leading to copyright being seen as a barrier to the circulation of knowledge, rather than an incentive to its generation and dissemination, as it was traditionally. Digitalization of contents set to the foreground the necessity to look at copyright, and to regulate it, not abstractly, but within a given market context, heavily shaped by technologies themselves. Thus, regulation of copyright became mostly a matter of balancing between different market forces: that of rightsholders (publishers and producers), on one side, and that of tech undertakings, including online intermediaries, on the other, with the authors and the public in the middle.

It is worth to note that art. 17 of the Media Freedom Act proposal somehow overturns the terms of the access problem. According to the usual formulation of this problem, it is the online intermediaries who claim access to copyrighted works, to the indirect benefit of the public. Art. 17,

¹⁸ “[...] the problem of platform appropriation of journalistic snippets must be tackled in a balanced composition of the conflicting interests of publishers (remuneration), platforms (offering search services). Now, this contrast is not merely ‘private’: there is another stakeholder involved, the general public, bearer of a legitimate interest – of constitutional rank – to a wide, plural, and rapidly accessible flow of information” (G. GHIDINI, F. BANTERLE, *Copyright, news, and “information products” under the new DSM copyright directive*, in *Studi di diritto commerciale per Vincenzo Di Cataldo*, Giappichelli, Turin 2021, I, pp. 245-258, 255).

on the contrary, grants rightsholders a protection against barriers to access to the public which may be erected by “very large online platforms”. The digitalization did its work, shifting power from the rightsholders to the platforms, as it is clear also from parallel pieces of EU legislation, such as the Digital Markets Act¹⁹, with its emphasis on “digital gatekeepers,” and the Digital Services Act, with its provisions on “very large online platforms.” If we turn back to the early reflections on the relationship between Internet and copyright, at the turn of the century, this may appear quite unexpected²⁰. There was quite a widespread feeling that the web would increase the authors’ chances to reach the public, to the detriment of producers and intermediaries. Following this view, authors, tech undertakings and the public should be allied in the “fight” against publishers, and the music and film industry, for the removal of artificial barriers to the circulation of works which had been erected in the analogue world, somehow endorsed by copyright legislation. Quite the opposite happened. The “new” internet intermediaries are much more powerful than any producer of intermediary of the past, vis-à-vis all the other market actors, including “traditional” content producers. Nevertheless, copyright still stands in the turmoil of a question of access, which equals to a problem of market regulation.

During the last decades, on the one hand, statutory law progressively extended and differentiated the authors’ rights, to adapt them to technological developments. On the other hand, case law dealt with the problem of balancing these “new” rights with conflicting interests of the audiences, first analogue, then digital²¹. The copyright-access question somehow

¹⁹ Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act).

²⁰ See, e.g., the reference work by L. LESSIG, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, London, Penguin 2004. Along the same line of thought: S. VAIDHYANATHAN, *Copyrights and Copywrongs: The rise of Intellectual Property and how it threatens creativity*, New York, New York University Press 2001.

²¹ Think, for example, of the long series of decisions by the EU Court of Justice on the contents and limits of the right of communication to the public. “[...] it follows from recitals 3 and 31 of the Copyright Directive that the aim of the harmonisation effected by it is to maintain, in particular in the electronic environment, a fair balance between, on one hand, the interests of copyright holders and related rights in protecting their intellectual property rights, safeguarded by Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (‘the Charter’) and, on the other, the protection of the interests and fundamental rights of users of protected subject matter, in particular their freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the Charter, and of the general interest (judgments of 8 September 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644,

pre-dated digitalization, or at least it surfaced at its very beginnings. The antitrust relevance of copyright / libraries of copyrighted works became apparent in some media merger cases since the 1990s/2000s²², in which antitrust authorities realized that control of large libraries of copyrighted works could foreclose competitors' access to downstream markets, and that the market power of a media entity (a publisher, film producer etc.), could impair the ability of both authors and users to negotiate fair terms for licensing²³.

These developments where, somehow, harbingered by the *Magill* case, at the end of the Eighties, when digitalization was still in the future. In that case, which raised quite an impression in the European copyright and antitrust milieu²⁴, the EU Commission (1988)²⁵, the Court of First Instance (1991)²⁶ and the Court of Justice (1995)²⁷ held that a refusal to grant a license on a copyrighted work (although of a peculiar kind: the lists of programs of TV stations), could amount to an abuse of a dominant position, with no harm to the "actual substance" of copyright. On a formal plan, the case stated that exclusivity is not the "actual substance" of copyright, which does not grant a full *ius excludendi alios*, since exclusivity can be limited on grounds of public policy. The most important aspect of *Magill*, in my opinion, is that it clarified that copyright cannot be thought separately from the markets in which copyrighted works are created and distributed. Although it is possible, theoretically, to keep copyright law and market regulation separate, such a distinction hardly works in practice.

paragraph 31, and of 29 July 2019, *Pelham and Others*, C-476/17, EU:C:2019:624, paragraph 32 and the case-law cited". (EU Court of Justice, 22 June 2021, cases C-682/18 and C-683/18, *Peterson v. Google*, n. 64).

²² See, e.g., the Commission's decision in the *AOL / Time Warner* case (COMP/M.1845, of 11 October 2000), n. 85.

²³ See the recent investigation by the Commission in the *Vivendi/Lagardere* merger case.

²⁴ H. JONES, C. BENSON, *Publishing Law*, 2nd ed., London – New York, Routledge 2002, p. 297; T. DOHERTY REAGAN, *The Ascendancy of European Community Law – The Implications of the Court of Justice Decision in Magill on the Balance between National and EC Intellectual Property Law*, in *Ga. J. of Int'l and Comp. L.*, 25, 1996, pp. 681 – 705; A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4th ed., Turin, Utet 1996, p. 839.

²⁵ Commission Decision 89/205 EC of 21 December 1988, relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty, 1989 O.J. (L78).

²⁶ EU Court of First Instance, 10 July 1991, case T-69/89, *Radio Telefis Eireann v. Commission*.

²⁷ EU Court of Justice, 6 April 1995, cases C-241/P and C-242/91P, *Radio Telefis Eireann*.

4. *Early XXth-Late XIXth centuries: copyright law facing music recording and film-making*

There is a clear temptation to link this blurring of the distinction between law of copyright and market regulation to recent and contemporary developments, such as the digitalization, or the increase in power of online intermediaries. This assumption may not be correct. Copyright is traditionally seen as an entitlement, or a *droit subjectif*, of an absolute nature, granted to its holder against the world at large. The very idea of “intellectual property” stands on this ground. The heart of ownership as *ius excludendi alios* is that the owner has a full power to keep others outside, or to prevent any third-party interference with the object of their right. Insofar as no-one interferes with what is mine, my right of ownership is self-protected, and self-enforced. This does not really hold true with copyright, which has a kind of an inherent contractual nature²⁸. Insofar as copyright implies the contract, it implies the market. It is very unlikely that any authors can exploit their rights by themselves, since practically any copyrighted work, to reach the audience, needs dissemination, e.g. in the forms of reproduction and distribution, and therefore it requires the intervention of third-parties, based on contracts with the author. This is very clear in the original, English version of copyright, which was born exactly in the form of an entitlement (granted to the authors by the Statute of Anne), to enter into a contract for the publishing of their works. Within the continental European tradition as well, specific rules on publishing contracts are present in most of copyright legislations. At times, the statutory rules governing publishing contracts include mandatory provision, aimed at striking a proper balance between the interests of the author and those of the publishers, under the implied assumption that the latter may abuse of their contractual power.

In late XIXth – early XXth century, the diffusion of music recording, radio broadcasts, and film-making lead to copyright-like entitlements (“connected rights”) being granted to subjects other than authors, such as record or film producers. These undertakings, in some cases, exercise the authors’ rights, alongside being rightholders on their own. Such statutory choices aimed at making these technologies legally practicable, limiting copyright pitfalls which could impair their development and diffusion, without, at the same time, giving up on basic principles of protection

²⁸ “[...] what copyright and other IP law does is create property rights in information, after which normal rules of contract and property law determine who uses that information.” (F.H. EASTERBROOK, *Contract and Copyright*, in *Houston L. Rev.*, 42, 2005, pp. 953- 973).

of creativity and artistic skills underpinning copyright entitlements²⁹. Although the notion of “market regulation” was not known yet, these were pioneering forms of market regulation, aimed at enhancing market efficiency, in form of copyright law provisions.

In the same historical period, associations of authors – artists and, in some cases, publishers were founded, to advocate copyright protection and manage collectively their members’ rights. In many European states (Italy, France, Belgium, Germany), such entities progressively became state-managed, and/or were regulated by ad hoc provisions, granting them prerogatives (monopolies) and duties, including competences in copyright enforcement. Collecting societies symbolize both the horizontal (agreements between rightholders) and the vertical (agreements with users) contractual dimension of copyright. They imply clear market regulation issues, as clarified first by national regulations, and much later, at EU level, first, once again, by antitrust case law, and then by the Barnier directive (2014/26)³⁰.

5. *The public dimension of copyright and of its contracts*

In less than a century, it became clear that practically all contracts involving copyright have effects that go beyond the spheres of their parties, and touch upon broader interests. Publishing-licensing contracts have effects on the diffusion of works, the remuneration of authors, and the incentives to investments/profitability of publishing companies, and music or film producers. Agreements between authors, or interpreters, and record or film producers have consequences on the legal practicability of technologies. Agreements setting up collecting societies and governing their

²⁹ “[...] the specific patterns of copyright’s structures pertaining to authorship were formed during the nineteenth century in the context of emerging economic changes and particular social relations of power. The process was shaped by the demands of an increasingly commodified publishing industry, the interests of business corporations and other employers, and the rise of the media or content industries and other copyright-related industries such as advertising. The resultant framework of copyright bears the marks of those forces and interests.” O. BRACHA, *The Ideology of Authorship Revisited: Authors, Markets, and Liberal Values in Early American Copyright*, in *Yale L. J.*, 118, 2008, pp.186 -271, 268. The author denounces the “ideological” nature of the idea of original authorship, considered a “mystification”.

³⁰ Directive 2014/26/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market.

operations have effects on access of the public to works, remuneration of authors, and the operations of intermediaries such as radio and TV broadcasters. Contracts between collecting societies and users have consequences on effects on access of the public to works and remuneration of authors.

Copyright law cannot disregard these external effects of contractual activities of rightholders and third parties, and it did not. In a sense, the link with external interests, and to public interest, is somehow connatural to copyright itself. Let me just mention 1878 Victor Hugo's passionate plea for intellectual property at the Congrès littéraire international of Paris, a few years before the Berne Convention (1886): "*La propriété littéraire est d'utilité générale. Toutes les vieilles législations monarchiques ont nié et nient encore la propriété littéraire. Dans quel but ? Dans un but d'asservissement. L'écrivain propriétaire, c'est l'écrivain libre. Cette propriété inviolable, les gouvernements despotiques la violent; ils confisquent le livre, espérant ainsi confisquer l'écrivain. De là le système des pensions royales. Prendre tout et rendre un peu. Spoliation et sujétion de l'écrivain. On le vole, puis on l'achète. Effort inutile, du reste. L'écrivain échappe. On le fait pauvre, il reste libre. Qui pourrait acheter ces consciences superbes, Rabelais, Molière, Pascal.*"³¹ Intellectual property is a matter of general interest because it protects the writers' freedom against interferences by despotic governments. But the problem, according to Hugo, is wider. It is the need to protect creators against the risk of poverty, of being deprived of the value of their works by anyone who tries to steal it, or to "take anything and give back just a little." Absent copyright, the public interest to the creation of new works, the diffusion of new ideas, and the fostering of the cultural debate, would have no defense but the "supreme conscience" of the artists, or their will to protect their freedom, and express themselves, at any costs. Clearly, this can be a bit too much of a sacrifice for those people who have creative talents, but, unlike Rabelais, Molière, or Pascal (at least in Hugo's view), are not particularly inclined towards sacrifice. Then, copyright is a means to deal with the creation and distribution of wealth, not just metaphorically, but literally³². These are the problems that market regulation deals with.

³¹ The text is available online: <https://chmcc.hypotheses.org/8627> (last access: January 2024).

³² "It is undisputed that in the case of aesthetic and intellectual creations the social benefits of protection are not limited to the promotion of industrial activities (publishing, and later broadcasting, music recording, and so forth). Actually, when authors and creators of copyrightable works become independent from political power, because they can count on some market remuneration for their creativity, they are enabled to offer an essential contribution also on a different, but not less important, plan, that of the formation of the public opinion and of the development of a plurality of points of view, which is

6. 1787-1789: the copyright clause in the US federal Constitution

The link between copyright and the public interest is apparent also in the wording of art. 1 – sec. 8 of the US federal Constitution: “the Congress shall have power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.” The power of the Congress is functional to the specific public interest to the “progress of science and useful arts.” On the other hand, the constitutional provision makes express reference to a balancing of the rightsholders’ interest with the public interest to access to protected works, insofar as it clarifies that the authors’ and inventors’ exclusive rights should be secured only “for limited times.” In no. 43 of *The Federalist* James Madison claims that “the copyright of authors has been solemnly adjudged, in Great Britain, to be a right of common law ... The public good fully coincides in both cases with the claims of individuals.”³³ Madison’s statement is not really precise. In *Donaldson v. Becket* – 1774³⁴ the House of Lords had ruled that authors had no perpetual right on their works under common law, and therefore, they could rely only on the time limited right granted by the Statute of Anne³⁵. Anyway, the position of English law was fully coherent with the US constitutional provision. Of course, the problem of online access to copyrighted works was still in the far future, that of the distribution of wealth was in the background, and the emphasis was on the positive effect of copyright protection on the production of works. The American constitutional provision clarifies that the public dimension belongs to

really indispensable for the development and the strengthening of democratic forms of government (someone thinks that such form are strictly linked to economic growth in the long run)”: M. RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all’innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, 51, 2002, pp. 511- 525, 512 (my translation).

³³ Available online: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed43.asp (last access: January 2024).

³⁴ (1774) 4 Burr. 2408.

³⁵ In US law *Wheaton v. Peters*, 8 Pet. 591, 33 U. S. 661-662 (1834) clarifies that the protection given to copyright is only statutory, and remedies for infringement are only those provided by Congress: *Thompson v. Hubbard*, 131 U. S. 123, 131 U. S. 151 (1889). But see, in the opposite sense, C.C. LANGDELL, *Patent Rights and Copy Rights*, in *Harv. L. Rev.*, 12, 1899, pp. 553-556, who maintains that there is a “natural right” of the “author, musical composer, artist, or inventor to the unlimited use and enjoyment of his literary, musical, or artistic creation, or his invention.” Such a right would be forfeited by the publication of the work, unlike the “monopoly right” conferred by statutory provision, which is independent from the allegedly preexisting property right under “natural law.”

copyright from its very beginning. According to a well-established line of Supreme Court decisions: “The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired.” Moreover: “As the text of the Constitution makes plain, it is Congress that has been assigned the task of defining the scope of the limited monopoly that should be granted to authors or to inventors in order to give the public appropriate access to their work product. Because this task involves a difficult balance between the interests of authors and inventors in the control and exploitation of their writings and discoveries on the one hand, and society’s competing interest in the free flow of ideas, information, and commerce on the other hand, our patent and copyright statutes have been amended repeatedly.”³⁶

What changes with time is the perception of the different aspects of the relationship between the rightsholders and the public, via the different categories of intermediaries. The difference between Hugo’s words, the American constitutional provision, and the contemporary epiphanies of EU law, which dangle between the law of copyright and market regulation³⁷, lies only in the way the public dimension of copyright is perceived and regulated, not certainly in the very existence of this dimension. This was already present, and clear, since the very early days of copyright³⁸.

³⁶ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), 429, quoting *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U. S. 123, 286 U. S. 127, and *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U. S. 131, 334 U. S. 158 (1948).

³⁷ Some scholars defined the US Copyright Act 1976 a “regulatory regime”: J. LIU, *Regulatory Copyright*, in *North Carolina L. Rev.*, 87, 2004, 129-131; P. MENELL, *Envisioning Copyright Law’s Digital Future*, in *New York L. Sch. L. Rev.*, 63, 2002, pp. 194 - 197.

³⁸ *Contra* S. BALGANESH, *Copyright As Legal Process: The Transformation of American Copyright Law*, in *Univ. of Pennsylvania L. Rev.*, 168, 2020, pp.1101-1180. In a lengthy essay, the author maintains that US copyright law evolved from a private law conception, focused on the interests of the author, and wider leeway for common law doctrines and court discretion, to a public law one, enshrined in the Copyright Act 1976, under the influence of the “legal process” line of thought.

7. 1709-1710: *The Statute of Anne as a piece of market regulation*

Let me move one more step backwards, to the very beginning of the law of copyright, i.e.: the Statute of Anne. The heading of the act reads: “an Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned.” The authors’ entitlement is functional to a double public interest goal: i. granting incentives to the creation of new works³⁹, and ii. protecting the publishers (whose previous exclusivity, assured by a royal grant, had expired) against competition, including – to a limited extent – imports by foreign rivals. The act disregards the distributive aspects, insofar as it includes no rules aimed at granting authors a fair remuneration⁴⁰. On the other hand, the act cares about such aspects, as it provides for a detailed regulation of prices of books. The preamble of the act sounds quite like the above-quoted words by Victor Hugo: “Whereas printers, booksellers, and other persons have of late frequently taken the liberty of printing, reprinting, and publishing, or causing to be printed, reprinted, and published, books and other writings, without the consent of the authors or proprietors of such books and writings, to their very great detriment, and too often to the ruin of them and their families: for preventing therefore such practices for the future, and for the encouragement of learned men to compose and write useful books; may it please your Majesty, that it may be enacted [...]” In the words of the statute, the risk of exploitation of writers does not come from public powers only, but also from illegal publishing of works. “Authors” and “proprietors” (licensed publishers) are on the same plan, and this further confirms that the regulation of the author-publisher relationship is not within the statutory focus⁴¹.

³⁹ This aspect is emphasized by R. DEAZLEY, *The Myth of Copyright at Common Law*, in *Cambridge L.J.*, 62, 2003, pp.106- 133, 108, who criticizes the theory which claims that there were pre-existing rights on authors’ works at common law: “The legislators were not concerned with the recognition of any pre- existing right, nor were they primarily interested in the regulation of the bookseller’s market, but rather secured the continued production of useful books through the striking of a culturally significant social bargain, a trade-off involving the author, the bookseller and the reading public.”

⁴⁰ According to J. FEATHER, *The Book Trade in Politics: The Making of the Copyright Act of 1710*, in *Publishing History*, 8, 1980, pp. 19-44 the act was a victory of the publishing industry, which gained recognition of an exclusive right, through the authors’ assignments, and forms of protection against piracy. Actually, some provisions of the act do not meet the interests of Londonese publishers (see below in the text).

⁴¹ “For a long time, the effect on the author’s economic status and the publisher-author relationship was minimal and limited to exceptional cases. Ordinarily, publishers kept

The sanctions provided for in case of infringement of the prohibition to print or import books “without the consent of the proprietor or proprietors thereof first had and obtained in writing, signed in the presence of two or more credible witnesses” shed further light on the nature of the statute. The offender “shall forfeit such book or books, and all and every sheet or sheets, being part of such book or books, to the proprietor or proprietors of the copy thereof, who shall forthwith damask, and make waste paper of them.” The task of such a provision is to have the illegal prints destroyed, with no specific regard to the position of the rightsholder. Moreover, the offender “shall forfeit one penny for every sheet which shall be found in his, her, or their custody, either printed or printing, published, or exposed to sale, contrary to the true intent and meaning of this act; the one moiety thereof to the Queen’s most excellent majesty, her heirs and successors, and the other moiety thereof to any person or persons that shall sue for the same, to be recovered in any of her Majesty’s courts of record at Westminster”. This was, basically, a pecuniary penalty, which benefited the treasury and the “person that shall sue,” with no actual reference to the amount of the profits made by the infringer, or the damage caused to the rightsholder. The purpose of the provision is to incentivize suits, and therefore the discovery of illegal printing and imports, rather than protecting the rightsholders, including the authors. The Statute of Anne opens a long series of criminal law provisions included into statutory pieces of copyright law, within practically any legal system. The criminal law side of copyright rules, though present from the very beginning, is often overlooked, as if it were a secondary aspect of a system focused on the protection of the individual interests of authors. On the contrary, the focus of copyright law, from the real outset, has been on the market, on the production and dissemination of works, and the articulation of the value chain, even more than on the individual position of the authors.

This is further clarified by the presence, in the Statute of Anne, of a real system of regulation of the prices of books. According to the statute: “... if any bookseller or booksellers, printer or printers, shall ... set a price upon, or sell, or expose to sale, any book or books at such a price or rate as shall be conceived by any person or persons to be too high and unreasonable ... it shall and may be lawful for any person or persons, to make complaint thereof [long list of authorities] who, or any one of them,

acquiring the full copyright in books for a lump sum paid to the author at the outset, just as they did under the old system” (O. BRACHA, *The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant*, in *Berkeley Tech. L. J.*, 25, 2010, pp. 1427-1473, 1439).

shall and have hereby full power and authority ... to examine and enquire of the reason of the dearness and enhancement of the price or value of such book or books ... and if upon such enquiry and examination it shall be found, that the price of such book or books is enhanced, or any wise too high or unreasonable, then ... have hereby full power and authority to reform and redress the same, and to limit and settle the price of every such printed book and books, from time to time, according to the best of their judgments, and as to them shall seem just and reasonable". The statute gives no hint about how the "reasonable" prices should be fixed, although the references to "increases" in prices induce to suppose that the basic idea was that the new system should leave the prices of books unaltered (the new entitlement granted to authors should protect the market position of publishers, without granting them chances to increase the prices). If the aim of the statute was to protect printers/publishers from the unfair competition brought by illegal printing and imports of books, according to the statutory wording such protection should not generate any detrimental side effect to the public⁴². Thus, the statute shows the features of a piece of market regulation⁴³.

There is at least one more provision of the Statute of Anne worth remembering, about the classics and books in foreign language: "[...] nothing in this act contained, do extend, or shall be construed to extend to prohibit the importation, vending, or selling of any books in Greek, Latin, or any other foreign language printed beyond the seas; anything in this act contained to the contrary notwithstanding." A similar suggestion was included in John Locke's 1694 "memorandum."⁴⁴ This limitation left open the possibility to import into England books written in foreign languages (including Latin, which was, at the time, one of the international languages of the cultural community), and printed abroad. The task of such a provision was to minimize the barriers that the new entitlement may erect to the circulation of foreign works (and ideas) in England. Once again, there is a balancing between the conflicting positions of publishers (as assignees of the authors' rights), looking for protection against competition, including that coming from abroad, and of the

⁴² There is no clear historical evidence about the effectiveness of such system of ex post price control (D.W.K. KHONG, *The Historical Law and Economics of the First Copyright Act*, in *Erasmus L. and Ec. Rev.*, 2, 2006, pp. 35–69, 58).

⁴³ This aspect is emphasized by L.R. PATTERSON, *Copyright in Historical Perspective*, Nashville, Vanderbilt University, 1968, p.150.

⁴⁴ J. LOCKE, *Memorandum*, in *The Life and Letters of John Locke*, ed. P. King, London, 1884, pp. 202–209.

public⁴⁵, which is interested in having the highest possible number of works available, and, consequently, in having access to the widest plurality of ideas. Just like the act tried to avoid any negative side effects on the level of prices, it cared about the risk of shortcuts in the production/circulation of new works, by leaving untouched the competition to English publishers brought by works in foreign language, printed overseas.

8. *The law of copyright and the public/private law divide*

This path backwards shows that the commingling between the law of copyright and market regulation is not a new issue at all. In a way, copyright was born, in the early XVIIIth century England, within a statutory scheme of market regulation, characterized by an important role of pecuniary sanctions (rather than common law remedies, including actions under the law of torts) and by recourse to instruments of control of prices and prevention of shortcuts in offer. Later on, it never lost its connection with the public interest. Statutory changes adapted the law of copyright to technological and market developments, during the XIXth and the XXth century, always considering the need to make the protection of rightholders coherent with a more general regulatory frame, within which the efficiency of the markets, and the interests of the public, were central aspects. The public/private law divide makes little sense in the domain of the law of copyright. Private law provisions, such as those governing the entitlements, the object of the protection granted, the remedies granted to rightholders cannot be kept separate from public law rules, which are present in practically all copyright legislations, such as those governing criminal sanctions, or the performance of public interest tasks by entities such as collecting societies, or public administrations charged with copyright enforcement tasks.

⁴⁵ “Given that foreign language works made up around ten percent of the output of the London trade in 1709, the exception allowing the importing of such works printed abroad, and not just those printed “originally beyond the seas”, represented a potentially substantial inroad into an otherwise lucrative market. In relation to the rest of that market there was also the introduction of an external control upon the price of books and the fact that three times as many books as before had to be supplied under the new library deposit provision.” (R. DEAZLEY, *Commentary on the Statute of Anne 1710*, in *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, L.Bently & M. Kretschmer, (eds), 2008, www.copyrighthistory.org, available online – last access January 2024).

The public law/private law divide is very comfortable, it helps apportioning university chairs, and leads to the reassuring idea that it is always possible to separate public from private interests, and to set up hierarchies and different means of protection. In the field of copyright, public and private interests are not always distinguishable. The interests of the rightholders may coincide with those of the public, as clarified by provisions such as art. 1, sec. 8 of the US federal Constitution. At the same time, defects in copyright law, mostly when they are not updated to technological innovation, or when they are not inspired by fair balancing criteria, may lead to impairing the widest diffusion of works, to the detriment of the public⁴⁶. The emphasis of recent UE law on the need to facilitate and speed up licensing processes is another example of the need to prevent inefficiencies, though safeguarding the fundamental assumption of copyright law, i.e.: that authors need the values of their creative work to be recognized and protected. Even the link, suggested by the recent Media Freedom Act proposal, between copyright and protection of media pluralism, as a specific task of market regulation, is not really that new. The Statute of Anne itself cared to avoid the risk that copyright entitlements could lead to restrictions in the circulation of ideas, by leaving the freedom of importing foreign language books printed overseas untouched. The new issue is not the link between copyright and freedom of expression/protection of pluralism. Rather, it is the need, felt by the new EU proposal, to protect the industry which produces copyrightable pieces of information, against possible abuses by technological gatekeepers. The proposal suggests that copyrightable pieces of information, and the value chain which produces them (journalists, news media editors-in-chiefs, and their publishers), are not an eventual element, but a necessary condition of pluralism.

⁴⁶ “[...] time has come for a kind of a Copernican revolution in the law of intellectual property, shifting the attention on the balance between contents and limitations to exclusive rights, and therefore attributing a central importance to all cases of fair use in any area of intellectual property”: M. RICOLFI, *La tutela*, p.523 (my translation). EU law of copyright followed only partially this suggestion, uttered some twenty years ago by an outstanding scholar. Although no real reform of rules governing fair use was carried out (and this leaves the problem of “transformative uses” largely unsolved), some provisions aimed at facilitating access of the public to works were introduced, for example with reference to “orphan” works, out-of-commerce works, collective licenses, use of works in digital teaching activities, etc.

ABSTRACT

The paper investigates the hybridization between copyright law and the regulation of media markets, fostered by the recently enacted Media Freedom Act of the EU (a proposal at the time of writing).

From its very beginnings, the law of copyright has been in a kind of an intermediate space between the domains of public and private law. The Statute of Anne was a reform of the regulation of the printing industry and of the books trade. The underlying philosophy of the copyright clause of art. 1.8 of the US Constitution emphasized the link between the exclusive right granted to authors and the public interest task to “promote the Progress of Science and useful Arts”.

Although intellectual property is generally considered private law, statutory law of copyright often includes criminal law provisions, and sets up entities empowered with public law prerogatives, aimed at granting efficient enforcement and management of rights.

The need to adapt copyright law to digital technologies led to reforms inspired by a market regulation approach, like EU directive 2019/790, whose title IV reads “measures to achieve a well-functioning marketplace for copyright”. Although the directive is a piece of copyright legislation, it clearly aims at regulating market relationships, such as those between publishers of “press publications” and information society service providers, right-holders and web-based distribution platforms, content producers and authors/performers, with a primary view to public interest targets.

KEYWORDS: Copyright; EU Media Freedom Act; Market Regulation.

Gert Straetmans, Jasper Vereecken

*Recent developments in private and public enforcement
of EU consumer law: which way forward?**

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Private enforcement – 2.1. *Ex officio* control to remedy the consumers' ignorance and deter businesses – 2.2. Prevention through pre-contractual information and new standards of transparency – 2.3. Extended working of the binding force of a judgment – bridging the gap with public enforcement – 3. Public enforcement – 3.1. Compensatory function – bridging the gap with private enforcement – 3.2. The preventive and remedying function in view of digitized infringements – 3.3. Uncovering and exchanging pertinent information – 4. Ways forward – 4.1. Specific rules defining the interplay between private and public enforcement – 4.2. Empowering consumers through extensions of the binding force of judgments – 4.3. Instrumentalization of major market players in the enforcement of substantive consumer law – 4.4. Breaking down barriers and lowering thresholds to enhance private enforcement – 5. Conclusion.

1. *Introduction*

The creation of consumer protection laws has been one of the main policy objectives of the EU ever since the dawn of European economic cooperation between the Member States on the establishment of an internal market.¹ The enforcement of these rights, however, remained within the national competences.² This led to various practices at the national level of the Member States in accordance with national traditions and preferences, some tying administrative or criminal sanctions to the violation of these harmonised consumer rights (public enforcement), while also relying on lawsuits brought by consumers in a judicial court of law

* This contribution is a revised and updated version of the journal article 'Towards a New Balance in Private and Public Enforcement of EU Consumer Law' published in Spring 2024 in the *European Review of Private Law*.

¹ N. REICH, *Economic Law, Consumer Interests and EU Integration*, in H.-W. Micklitz, N. Reich and P. Rott (eds), *Understanding EU Consumer Law*, 12, Intersentia, Antwerp 2009.

² Articles 4(1) and 5 TEU: competences not conferred on the EU in the treaties remain with the Member States. Only in the area of competition law has competence been giving to the European Commission for enforcement (see Article 105 TFEU).

(private enforcement).³ Any of these enforcement mechanisms have the common objective of achieving compliance with substantive consumer law.⁴

However, private and public enforcement are each hallmarked with several drawbacks that hinder effective enforcement and thus the achievement of compliance with the rights and obligations enshrined in substantive consumer law. In response to these drawbacks substantive EU consumer protection rules have been complemented with measures focusing on enforcement. This occurred in the case law of the ECJ and through new directives and regulations of the European legislator focusing on the enforcement of substantive consumer law, including some procedural aspects of consumer protection.

This chapter highlights which recent developments have taken place and how the EU's legislation could further evolve to increase effective enforcement. First the national enforcement mechanisms in both private enforcement (section II) and public enforcement (section III) are analysed. This analysis reveals that a new balance is emerging at EU level between private and public enforcement, but also that improvements can take place (section IV). The chapter concludes with some thoughts to this aim (section V).

2. *Private enforcement*

In a civil suit, it is for the parties to take the initiative, the court being able to act of its own motion only in exceptional cases where the public interest requires it.⁵

The early legislative initiatives at EU level must be seen in that light. Thus, the Unfair Contract Terms Directive⁶ focussed on protecting

³ However, some Member States for a long period of time chose to rely exclusively on private enforcement of consumer law (e.g., Germany and Austria), see C. SCOTT, *Enforcing Consumer Protection Laws*, in Howells and Ramsay (eds), *Handbook of Research on International Consumer Law. 2nd ed.*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2018, p. 466 ff., 476.

⁴ See Article 4(3) TEU: '*The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union.*'

⁵ CJEU, 14 Dec. 1995, joined cases C-430/93 and C-431/93, *van Schijndel en van Veen*, para. 21.

⁶ *Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts*, OJ 21 April

consumers who do not know the rules of law which, in Member States other than their own, govern contracts for the sale of goods or services, with the consequence that this lack of awareness may deter them from direct transactions for the purchase of goods or services in another Member State. The ECJ followed the same approach in *Oceano Grupo* pointing out that ‘*the consumer, particularly because of ignorance of the law, will not challenge the term pleaded against him on the grounds that it is unfair*’⁷. However, the ECJ’s conclusion drawn from this finding went much further. The Court held that effective protection of the consumer may be attained only if the national court acknowledges that it has power to evaluate terms of this kind of its own motion. In that regard the ECJ also emphasized ‘*that the imbalance between the consumer and the seller or supplier may only be corrected by positive action unconnected with the actual parties to the contract*’⁸.

2.1. *Ex officio control to remedy the consumers’ ignorance and to deter businesses*

It follows that private enforcement by consumers themselves to combat violations of substantive European consumer rights fails by ignorance of the average consumer of his rights. According to the ECJ the consumer needs the help of an impartial person, the judge, unconnected with the parties to the contract. This *ex officio* control of courts constitutes, according to the ECJ, a proper means both of achieving the aim of the UCTD to prevent an individual consumer from being bound by an unfair term,⁹ and to deter businesses from inserting unfair terms in contracts concluded between consumers and sellers or suppliers.

The public interest underlying the UCTD is thus prevention and deterrence achieving a high level of consumer protection, with the overall

1993, L 95/1 (hereafter: UCTD).

⁷ CJEU, 27 Jun. 2000, joined cases C-240-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*, para. 26.

⁸ CJEU, 27 Jun. 2000, joined cases C-240-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*, para. 27.

⁹ It is interesting to note that the ECJ in *Oceano Grupo* linked the fact that the aim of the UCTD that unfair terms are not binding on the consumer, would not be achieved if the consumer were himself obliged to raise the unfair nature of such terms to another provision in that Directive requiring Member States to implement adequate and effective means to prevent the continued use of unfair terms and that those means are to include allowing authorised consumer associations to take action in order to obtain a decision as to whether contractual terms drawn up for general use are unfair and, if need be, to have them prohibited, even if they have not been used in specific contracts. See CJEU, 27 Jun. 2000, joined cases C-240-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*, para. 27.

aim to replace the formal balance of the contract with an effective balance which re-establishes equality between the parties. In subsequent cases the ECJ revealed that the *ex officio* assessment by national courts must be grounded, in line with *van Schijndel and van Veen*¹⁰, on the specific public order character of the general interest underlying the protection in the UCTD. The UCTD's provisions referred to are not only mandatory but also essential to the accomplishments of the EU goals set forth in Article 3 (3) TEU including the aim to raise the standard of living and to improve the quality of life, both related to the establishment of the internal market. In view of the specific nature and importance of the public interest underlying the protection achieved by the UCTD, the corresponding European provisions have an equal rank as rules of national public policy.¹¹

By extension *ex officio* control could also play a role to secure the consumer protection goals in other consumer protection directives, provided that the public order character of those rules can be demonstrated. In that line of reasoning the ECJ already introduced *ex officio* control in the context of the Consumer Credit Directive and the Directive on Consumer Sale Contracts but excluded it in the context of the Unfair Commercial Practices Directive.¹²

Ever since *Oceano Grupo* the *ex officio* control of courts has been further developed in the case law of the ECJ to the benefit of consumers.¹³ In the beginning the ECJ's focus was mainly on the deterrence function of the sanction in the UCTD that unfair terms may not be binding for consumers.¹⁴ For that reason the ECJ straightforwardly prevented national

¹⁰ CJEU, 14 Dec. 1995, joined cases C-430/93 and C-431/93, *van Schijndel en van Veen*, para. 21.

¹¹ See on this point CJEU, 6 Oct. 2009, C-40/08, *Asturcom*, para. 52.

¹² See CJEU, 7 Nov. 2019, joined cases C-419/18 and C-483/18, *Profi Credit Polska* (see case note A. ANCERY, *Consumer Credit Contracts and Ex Officio Application: A Dutch Perspective*, in *European Journal of Consumer Law*, 2021, p. 160). See on this point also J. VERECKEN, *Ambtshalve toetsing en nationale handhaving van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken volgens het Hof van Justitie*, in *Droit de la consommation – Consumentenrecht* (DCCR), 2020, pp. 35-68.

¹³ See for a more elaborated analysis of the *ex officio*-doctrine in consumer law: A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation – Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago 2018, pp. xxxiii and 375, J.T. NOWAK, *Ambtshalve toepassing van EU-recht door de Belgische burgerlijke rechter*, PhD dissertation Catholic University Leuven, 2021, p. 411 and J. WERBROUCK, *De impact van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de handhaving van consumentenrecht op het nationale recht – Een analyse van termijnen, ambtshalve toepassing en werking van rechterlijke beslissingen*, PhD dissertation Ghent University, 2022, pp. 275-455.

¹⁴ See, e.g., CJEU, 27 Jun. 2000, joined cases C-240-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*,

judges in the presence of an unfair and thus non-binding term to adjust the contract by revising the content of that term so as to bring it in line again with the standard of fairness.¹⁵ If it were open to the national court to revise the content of unfair terms included in consumer contracts, the attainment of the long-term objective of the UCTD, the ECJ submitted, risked to be compromised. ‘*That power would contribute to eliminating the dissuasive effect for sellers or suppliers of the straightforward non-application with regard to the consumer of those unfair terms, in so far as those sellers or suppliers would still be tempted to use those terms in the knowledge that, even if they were declared invalid, the contract could nevertheless be adjusted, to the extent necessary, by the national court in such a way as to safeguard the interest of those sellers or suppliers*’¹⁶. The Court later nuanced its approach for reasons of consumer protection stating that a national court is not precluded, in accordance with the principles of the law of contract, from deleting an unfair term and substituting for it a supplementary provision of national law when the non-binding nature of a term would require the court to annul the contract in its entirety and this annulment would cause the consumer particularly unfavourable consequences. In that particular situation the dissuasive effect resulting from the annulment of the contract could well be jeopardised.¹⁷

Gradually the focus of the ECJ shifted from deterrence to prevention. Bearing in mind that private enforcement rests upon the consumer’s initiative, the Court developed ways to forestall violations from occurring (see section 2.2) and to bridge the existing gaps between public and private enforcement (see section 2.3).

para 28: “*On the contrary, the court’s power to determine of its own motion whether a term is unfair must be regarded as constituting a proper means both of achieving the result sought by Article 6 of the Directive, namely, preventing an individual consumer from being bound by an unfair term, and of contributing to achieving the aim of Article 7, since if the court undertakes such an examination, that may act as a deterrent and contribute to preventing unfair terms in contracts concluded between consumers and sellers or suppliers*” (own emphasis).

¹⁵ CJEU, 30 Apr. 2014, C-26/13, *Arpád Kásler*, para. 77. See already CJEU, 14 Jun. 2014, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, para. 73.

¹⁶ CJEU, 30 Apr. 2014, C-26/13, *Arpád Kásler*, para. 79.

¹⁷ CJEU, 30 Apr. 2014, C-26/13, *Arpád Kásler*, para. 83.

2.2. Prevention through pre-contractual information and new standards of transparency

The ECJ incessantly used its interpretive function to develop a number of levers of consumer protection which are grounded in pre-contractual information and transparency.¹⁸ This interpretive approach culminated in *Arpad Kasler*¹⁹ with a particular take on pre-contractual information and transparency in combination with the non-binding nature of unfair terms.

In its previous case-law the ECJ dissected the transparency requirement initially into a formal and a substantive requirement. The *formal* requirement was emphasized for the first time in *RWE Vertrieb*²⁰. In this case relating to provisions allowing the seller to unilaterally change gas prices in a supply contract of natural gas, the ECJ specified referring to recital 20 in the preamble of the UCTD ‘*that the consumer must actually be given an opportunity to examine all the terms of the contract*’²¹ prior to the conclusion of the contract and that contract terms and conditions must be stated in clear and comprehensible language. In *Arpad Kasler* the ECJ elaborated the *substantive* transparency requirement which could no longer be reduced merely to contract terms being formally and grammatically intelligible.²² The Court now emphasized that consumers must also be in a position to evaluate, on the basis of clear, intelligible criteria, the economic consequences for them which derive from the contract.²³

The importance of information about the potentially significant economic consequences of a contract has been further strengthened in *BNP Paribas Personal Finance*. Therein the ECJ emphasized that the information thus provided must enable an average consumer to estimate the total cost of, for instance, the loan agreement and specified a number of factors that are of particular importance for the transparency assessment: the existence of precontractual documentation transmitted to the consumer,

¹⁸ See more on this point, G. STRAETMANS - J. WERBROUCK, *New jurisprudential levers to combat unfair terms in B2C contracts*, in *European Journal of Consumer Law*, 2022, pp. 183-202.

¹⁹ CJEU, 30 Apr. 2014, C-26/13, *Arpad Kasler*.

²⁰ CJEU, 21 Mar. 2013, C125/18, *RWE Vertrieb v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*.

²¹ CJEU, 21 Mar. 2013, C125/18, *RWE Vertrieb v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, para. 43.

²² CJEU, 30 Apr. 2014, C26/13, *Kasler and Kaslerné Rábai*, para. 73.

²³ The emphasis on *economic consequences* logically flows from the importance of price in the information model and the transactional decision-making process of the consumer. Also, the protection against unfair commercial practices is built around practices that negatively impact the economic behaviour of consumers.

the language used in the precontractual and contractual documentation and whether the information regarded as being essential with regard to the nature of the goods or services which are the subject matter of the agreement have been provided.²⁴

In *BNP Paribas Personal Finance* the ECJ also attaches great importance to *concrete* information and whether the seller or supplier expressly draws the attention of the consumer on the existence of specific risks associated with the contract, in that case a loan agreement denominated in a foreign currency.²⁵ Information of a general nature that only partially reflects the economic context and potential risks of the agreement concerned will not pass the transparency test, even when provided in large amounts. Furthermore, information must be provided to the consumer about the potential (economic, financial) risks *during the whole life cycle* of the agreement.²⁶

Although the ECJ does not go as far as to require that essential information or particular risks must be *prominently* brought to the attention of the consumer, the Court's emphasis on detailed information of the risks faced by the consumer and on whether specific risks have been expressly mentioned may be seen as an important step in that direction.²⁷

In doing so the ECJ seems to elaborate a direct link between the quality of pre-contractual information and the transparency of contract terms, *and* the fairness of a non-individually negotiated term.²⁸ In-transparent information cannot establish automatically and on its own the unfairness

²⁴ See CJEU, 10 Jun. 2021, joined cases C-776/19 to C-782/19, *VB a.o. v. BNP Paribas Personal Finance*, para. 73.

²⁵ See CJEU, 10 Jun. 2021, joined cases C-776/19 to C-782/19, *VB a.o. v. BNP Paribas Personal Finance*, para. 77.

²⁶ The consumer must effectively be placed in a position that he/she not only understands that changes in the exchange rate between the account currency and settlement currency may have unfavourable consequences for his/her financial obligations, but also that he/she understands, in the event of a severe depreciation of the currency in which the borrower receives his/her income as against the account currency, the actual risk to which he/she is exposed, *throughout the whole term of the agreement*. See also on this point, CJEU, 10 Jun. 2021, joined cases C-776/19 to C-782/19, *VB a.o. v. BNP Paribas Personal Finance*, para. 72. The approach has been confirmed in CJEU, 20 Apr. 2023, C-263/22, *Ocidental*.

²⁷ See already on contractual information about core issues and core issues alone in a prominent manner, G. STRAETMANS, *Misleading Practices, the Consumer Information Model and Consumer Protection*, in *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2016, pp. 199-210.

²⁸ See already on this point, G. STRAETMANS -V. BURKI, *Transparantie van kernbedingen en het belang van precontractuele informatie bij kredietovereenkomsten*, in *Le droit des affaires – Het ondernemingsrecht (DAOR)*, 2019, pp. 98-113.

and non-binding nature of a term since the assessment of the fairness of a term must take place in light of all the factual circumstances of the case. Likewise, there is no automatism either in the mirror situation. For instance in *QE v. Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest* the ECJ held that an express and unequivocal obligation in the contract could not trigger automatically the accelerated repayment procedure since the fact that the consumer has been informed of the consequences of failure to comply with his obligations is clearly insufficient to prove that the term has been individually negotiated.²⁹ It followed that the mere fact that a term contains an express and unequivocal obligation cannot mean it escapes review of whether it is unfair.³⁰ Nevertheless, in spite of the absence of an automatism between inadequate pre-contractual information, it follows from the transparency requirements imposed by the ECJ that the quality of the information provided to the consumer before the conclusion of the contract will have a very strong bearing on the potential unfair character of a term and its non-binding nature.

In *Ocidental*, the ECJ confirmed to that end that “*since the requirement of transparency of contractual terms thus interpreted by the Court entails the obligation to provide the consumer, prior to the conclusion of the contract, with all the information necessary to enable the consumer to understand the economic consequences of those terms and to decide, in full knowledge of the facts, to be contractually bound, that requirement necessarily presupposes that the consumer is able to become acquainted with all the terms of a contract before the conclusion thereof.*”³¹ The ECJ further held that the fact that those terms do or do not relate to the main subject matter of that contract is irrelevant in that regard. The consumer must be enabled to become acquainted with the contract as a whole since the contract taken as a whole will determine the rights and obligations of the consumer under the contract. Dealing more specifically with the consequences of non-transparent information the ECJ also pointed out that “*while the non-transparent nature of a contractual term, due to a lack of plainness or intelligibility of that term, may be an element to be taken into account in the assessment of whether that term is unfair, a lack of transparency, due to the fact that it is impossible for the consumer to become acquainted with that term before the conclusion of the contract at issue, may, a*

²⁹ See CJEU, 8 Dec. 2022, C-600/21, *QE v. Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*, para.51.

³⁰ See CJEU, 8 Dec. 2022, C-600/21, *QE v. Caisse régionale de Crédit mutuel de Loire-Atlantique et du Centre Ouest*, para. 45.

³¹ See CJEU, 20 Apr. 2023, C-263/22, *Ocidental*, para. 29.

fortiori, constitute such an element."³². In those circumstances the referring court must assess whether, contrary to the requirement of good faith, a term causes a significant imbalance in the contracting parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of the consumer, and more importantly, whether the seller or supplier, dealing fairly and equitably with the consumer, could reasonably assume that the consumer would have agreed to such a term in individual contract negotiations. "In that regard, the fact that the consumer was unable to become acquainted with a contractual term prior to the conclusion of the contract at issue is an essential element in the assessment of whether that term is unfair, in so far as that fact could lead the consumer to assume obligations to which he or she would not otherwise have agreed and, consequently, could create a significant imbalance in the mutual obligations of the parties to the contract at issue."³³. In the case at hand the consumer had no opportunity to become acquainted with the terms of the insurance contract relating to the exclusion or limitation of cover against the insured risk (cover for loss of income in the case of permanent incapacity). As a result, the seller or supplier places that risk, arising from any permanent incapacity, in whole or at least in part, on that consumer. The ECJ further hinted that, depending on the circumstances, the referring court could take the view that, contrary to the requirement of good faith, *Ocidental* could not reasonably expect, in compliance with the requirement of transparency vis-à-vis the consumer, that the latter would, following individual negotiation, accept the contractual terms in question. In that case the national court would have to find that those terms were unfair. In doing so, the ECJ seems to establish a quasi-automatism between non-transparent information about essential terms to the contract and the unfairness of that term.

In more recent case law, the ECJ seems to extend its analysis to procedural aspects fostering consumers to challenge potential unfair terms and adding a *procedural* transparency requirement. It did so while assessing the compatibility of a national limitation period with the principle of effectiveness. First, the ECJ held that the effectuation of the right to go to court in order to submit a (potentially) unfair term to that court's scrutiny cannot be subject to a limitation period, neither as a claim nor as a defence. It follows that consumers can forevermore claim that a court evaluates the (potential) unfair nature of a clause by which they are (or even were!) bound. Second, as regards the specific limitation period for claims

³² See CJEU, 20 Apr. 2023, C-263/22, *Ocidental*, para. 41.

³³ See CJEU, 20 Apr. 2023, C-263/22, *Ocidental*, para. 47.

brought by a consumer for repayment of sums paid but not due, on the basis of unfair terms, the ECJ greatly values the information provided to the consumer on which compliance with the principle of effectiveness may depend. The Court quite frankly ruled that ‘*only if the consumer has had the opportunity to become aware of his or her rights before that period begins to run or expires*’ a limitation period may be compatible with the principle of effectiveness.³⁴ Limitation periods that are ‘*likely to have expired before the consumer has been able to become aware of the unfair nature of a term contained in that contract*’³⁵, must be banned. It follows that a claim for repayment can according to the Court only start to run from the moment that the consumer knows in his/her specific case that he/she was bound by an unfair contract term, and that he/she consequently has a right to repayment.³⁶ In practice this bold stance of the ECJ results in claims for repayment becoming virtually imprescriptible since in the end only a court ruling can provide the necessary certainty on the unfair nature of a contract term, except arguably in the rather exceptional situation where a clause is formulated in such a way or has such a content that also from the consumer’s point of view there can *ab initio* be no doubt that the clause is unfair.³⁷

In the same vein, the ECJ alleviated the burden of proof of consumers and stressed that a diligent undertaking must be aware of the need to gather and retain evidence that its obligations to provide information and explanations have been fulfilled. In *Consumer Finance* the ECJ clearly stated that terms declaring that the necessary information has been delivered to the consumer cannot allow an undertaking to circumvent its information obligations. That term is, according to the Court, merely ‘*an indication which the lender is required to substantiate with one or more relevant items of evidence*’.³⁸ Furthermore, the ECJ indicated that the *absence* of the necessary information to fulfil the requirement of transparency constitutes a negative

³⁴ See CJEU, 10 Jun. 2021, joined cases C-776/19 to C-782/19, *VB a.o. v. BNP Paribas Personal Finance*, para. 46 and para. 47.

³⁵ CJEU, 9 Jul. 2020, joined cases C-698 and C-699/18, *Raiffeisen Bank*, para. 67. See also CJEU, 16 Jul. 2020, C-224/19, *CY v. Caixabank SA and LG and PK v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, para. 91, where the Court held, somewhat more prudent (and broad), that also the possibility of ‘*being reasonably able to be aware*’ may suffice to make the prescription period run.

³⁶ See more extensively on the impact of the ECJ’s ruling, G. STRAETMANS - J. WERBROUCK, *New jurisprudential levers to combat unfair terms in B2C contracts*, in *European Journal of Consumer Law*, 2022, pp. 183-202.

³⁷ Even when contractual terms are incorporated in grey or black lists their wording often leaves room for interpretation.

³⁸ CJEU, 18 December 2014, C-449/13, *Consumer Finance SA*, para. 30.

fact.³⁹ Proving such is often (nearly) impossible, or would at least require extraordinary and excessive efforts since consumers lack the adequate means. To burden consumers with such a proof, would hamper the effectuation of the consumer rights granted. The professional counterparty, on the other hand, is more likely to be able to provide the necessary proof since from his perspective it suffices in this context to prove a *positive* fact to bring up the truth.

2.3. *Extended working of the binding force of a judgment – bridging the gap with public enforcement*

In more recent cases the ECJ had the opportunity to shed its light on the extended working of the binding force of a judgment connecting public enforcement specifics to private enforcement initiatives. *Invitel*⁴⁰ has made clear that an extended working of the binding force of a judgment in an action brought by a designated national body for the purpose of seeking a declaration that an unfair term included in consumer contracts is invalid, is deemed an adequate means to prevent the continued use of unfair terms in contracts concluded between consumers and sellers. However, it must be noted that this judgment was limited to (i) proceedings initiated by a body appointed by national legislation to serve the public interest, namely protecting consumers as part of the general interests. In *Invitel* no (ii) consumers were involved in the injunction proceedings and the ECJ restricted the extended binding force to (iii) contracts concluded with the same seller or supplier to which the same general business conditions apply.⁴¹

A scheme as in *Invitel* with an *erga omnes*-effect conferred on decisions given in the course of an *in abstracto* review could effectively and swiftly counter the use of terms which have been declared unfair as well as equivalent terms having a similar negative effect on the consumer. It eliminates the disputed term at a stroke from all contracts in which it was used, without individual consumers having to contest it before the courts. Moreover, such a scheme is capable of ensuring that the legislation is not circumvented by means of slight editorial and stylistic modifications to terms which have already been banned. It can further be assumed that such a mechanism will also have a deterrent effect on other sellers or suppliers wishing to use similar terms in contracts. That way this mechanism could

³⁹ CJEU, 18 December 2014, C-449/13, *Consumer Finance SA*, para. 85.

⁴⁰ CJEU, 26 April 2012, C-472/10, *Invitel*.

⁴¹ See CJEU, 26 April 2012, C-472/10, *Invitel*, para. 38.

be seen as an adequate means of preventing the continued use of unfair terms in contracts concluded with consumers by a seller or supplier.

In the same vein, the ECJ has stated in *Biuro*⁴² that a collective scheme⁴³ could benefit from *erga omnes* effects but also that such scheme is compatible only with the UCTD if precise conditions are met: 1) the content of the standard contract term must be materially identical, having regard in particular to its harmful effects for consumers, to that of the terms which have been declared unlawful by a judicial decision having the force of law; 2) there must be an effective judicial remedy available to the seller against the decision declaring the terms equivalent, taking into account all relevant circumstances particular to each case;⁴⁴ 3) if a fine is imposed for breach of law, there must be an effective judicial remedy available to the seller against the decision fixing the amount of the fine. Furthermore, the amount of the fine must comply with the principle of proportionality; and 4) also the management of the list/register/scheme of unfair clauses which are given an *erga omnes*-effect must comply with the requirements laid down in the UCTD and EU law, a.o. with the principle of the legality of criminal offences and penalties,⁴⁵ and with the principle of legal certainty. According to the ECJ the management of such a list/scheme/register must meet the transparency requirement, in that it must be managed in a transparent manner in the interest of not only consumers, but also sellers or

⁴² See CJEU, 21 December 2016, C-119/15, *Biuro*, para. 47.

⁴³ In *Biuro* a business had used terms in its standard conditions of business which were regarded as being equivalent to terms previously declared unlawful and then entered in the public register of unfair terms of the Member State concerned. The entry into the national register is based on an *in abstracto* review which is carried out by a specialist court, the Office of Competition and Consumer Protection with the aim of safeguarding the collective interests of consumers.

⁴⁴ For the purposes of assessing unfairness, a contractual term cannot be isolated from its context. It follows that such an assessment is not absolute but relative, inasmuch as it is dependent on the particular facts attending the conclusion of the contract, including the cumulative effect of all of the terms of the contract. A contractual term may thus be regarded as unfair in some circumstances but not in others, depending, in particular, on the price paid by the consumer. The assessment of unfairness might also change over time as a result of an amendment of the law applicable to the contract. Consequently, the assessment of unfairness varies from one contract to another depending on the particular circumstances and the law applicable to the contract and the term in question. The flexibility offered by the wording of a list of unfair terms is likely to demonstrate just how difficult it is to identify terms which will be unfair in all circumstances, even when it comes to terms such as those contained in that list which are considered to be particularly problematic from the point of view of the imbalance they create to the detriment of the consumer.

⁴⁵ Article 49 of the Charter of Fundamental Rights of the EU.

suppliers and must be structured in a clear manner. Furthermore, the terms in the list/scheme/register must be current, which means that it must be carefully kept up to date. Likewise, the principle of legal certainty requires that terms that are no longer needed are removed promptly.

These evolutions in case law have spurred the question whether further extensions of the binding force of judgments could be accepted under European consumer law, especially towards other sellers and suppliers. In that perspective it could be argued that in the case of terms contained in general conditions of business, which are rarely the subject of individual negotiation, the assessments to be carried out by the national courts in a collective action and an individual action respectively will often be similar, if not identical, even though the parties to the actions are not the same. As a result, it could be advanced that the decision given in a collective action would set a strong precedent for the assessment to be carried out in a subsequent individual action relating to an identical or equivalent term and may even create a presumption as to the unfairness of that term irrespective of the sellers involved in the proceedings. The same analysis could be applied with regard to manifest unfair and clearly worded black listed terms where an extension of an *erga omnes* effect to other sellers/suppliers could arguably be accepted. A European black list of unfair terms/practices has been advocated already in view of improving the effectiveness of European law.⁴⁶ Furthermore, the European legislator continues to avail himself of the legislative technique of black listed practices in the recent Omnibus Directive. Also, the report of the European Commission on the Fitness Check of Directives on Consumer Protection suggested a European black list of unfair terms but nevertheless insisted on further evidence before taking action⁴⁷.

Despite the intriguing character of this debate an extension of *erga omnes* effects of the binding force of judgments beyond *Invitel* and *Biuro* seems not in place. In *Invitel* the ECJ simply stated that the UCTD does not preclude the effect of decisions establishing the unfairness of a term

⁴⁶ As regards the Injunction Directive the *Report from the Commission of 6 November 2012 to the European Parliament and the Council concerning the application of Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council on injunctions for the protection of consumers' interests*, COM(2012), 635, final, stated with respect to possible changes in the legal framework that, "when a contract term is declared illegal, the effect of this decision should be extended to all similar present and future contracts".

⁴⁷ See EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Report of the Fitness Check*, 23 May 2017, SWD (2017) 209 final, p. 77. The fact that individual and collective proceedings are binding only on the businesses who are party to the case, in other words the lack of an *erga omnes* effect, limits the effectiveness of substantive consumer law (p. 95).

contained in standard conditions of business in the course of an action for an injunction from being extended ‘*to all consumers who concluded with the seller or supplier concerned a contract to which the same standard conditions of business apply, including those consumers who were not party to the injunction proceedings*’. That result is the logical corollary of the nature and purpose of collective actions for an injunction. If a term in general business conditions has been declared unfair, there is a need to ensure that the seller or supplier *concerned* does not use the same general conditions of business, including the term declared unfair, in any of its contracts. The actions for an injunction under the UCTD would otherwise be deprived of any useful effect.

However, in its beneficial interpretations for consumers the ECJ did not discard that collective and individual actions are supplementary in nature and have different purposes and legal effects. Collective action is based on an *in abstracto* review, of a deterrent and dissuasive nature, aimed at determining, under the UCTD, whether contractual terms drawn up for general use are unfair. They do not entail ‘*prior verification of the general conditions obtaining in individual economic sectors*’⁴⁸. A collective action may be brought even though the terms under scrutiny have not been used in specific contracts. Consequently, the *ex ante* review carried out in a collective action cannot prejudice the *ex post* review carried out in an individual action involving other parties.

Mandatory systems of consumer protection are indeed introduced to create, for the benefit of consumers, an effective balance which re-establishes equality between the parties. Private enforcement mechanisms tend to empower consumers to protect themselves in the market. The option to waive the exercise of one’s rights is a necessary corollary. Accordingly, where the consumer prefers not to rely on the protection granted, that system of protection is not applied.⁴⁹ Also the possibility of contractual amendment by the parties must be assessed in that light, but here the ECJ simultaneously ensures in line with the protectionist character of the UCTD that remedying the unfairness of a term should take place under the control of a court. If that court considers that, by concluding the amendment, the parties to the contract eliminated the defect which affected the unfair original terms and restored the balance between the obligations and rights of those parties arising from the contract, the protectionist system of the UCTD is fully satisfied.⁵⁰ It would place the consumer in the legal and

⁴⁸ E.g., see introductory recital 23 UCTD.

⁴⁹ CJEU, 29 Apr. 2021, C-19/20, *I.W. and R.W. v. Bank BPH SA*, para. 49.

⁵⁰ See more extensively on this point: L. CLAUS, S. RUTTEN, G. STRAETMANS, *Contractualisation*

factual situation in which he would have been in the absence of the unfair term if the defect which vitiated the contract was eliminated by the parties by the conclusion of an amendment, provided that, at the time of that conclusion, that consumer was aware that that term was not binding and of the consequences flowing therefrom.⁵¹

In sum, positive action for the benefit of consumers and procedural measures to that aim must always serve the purpose of restoring equivalence between the parties, namely the levelling of the initial inferior bargaining position and the lower level of knowledge of consumers vis-à-vis the seller or the supplier. As a result, the stricter standard that the ECJ applies concerning information obligations and transparency of clauses in individual proceedings must also have an impact on the scope and desirability of *erga omnes*-extensions. The ECJ is well aware that positive actions, also those which take the form of *erga omnes* effects, must be targeted to specific protection needs of consumers. In the case of *erga omnes*-effects the Court is bound by the existing differences between individual and collective actions set forth by the European legislator. Here the ECJ must also take into account that *erga omnes*-effects of judgments may conflict with genuine business rights since, for example, a seller or supplier that was not a party to the collective proceedings should not be deprived of the right, under Article 47 of the Charter, to refute the unfairness of such a presumption on the basis of a collective action in an individual action. An *erga omnes* effect adversely affecting persons not party to the proceedings would be difficult to reconcile with the principles of a fair trial, particularly as such persons would be denied an opportunity to express their views on the accusation of using unfair terms in contracts before a judgment affecting them was delivered. The right to be heard, which is considered to derive from the principle of the rule of law and is one of the general principles of EU law recognised in case law, would not be adequately safeguarded if an *erga omnes* effect applied indiscriminately to persons not party to the proceedings.

Nevertheless, the aforementioned case law demonstrates that the ECJ is willing to improve the protection of consumers, albeit always in respect of the differences that exist between individual and collective actions. Despite the fact that none of the consumer directives contain any provision governing the role which may or must be accorded to consumer protection associations in individual disputes involving a consumer, the

of litigation in Belgium, in A. Nylund and A. Cabral (eds), *Contractualisation of Civil Litigation*, Intersentia, Brussels 2023, pp. 51-78.

⁵¹ See CJEU, 29 Apr. 2021, C-19/20, *I.W. and R.W. v. Bank BPH SA*, paras. 58-59.

ECJ for instance strengthened the position of consumer associations (or other organizations having a legitimate interest under national law in protecting consumers to take action in order to obtain a judicial decision as to whether contract terms drawn up for general use are unfair) to intervene in support of consumers in such individual disputes through the application of the principles of equivalence and effectiveness.⁵² In doing so the ECJ seeks to bridge the gap between private enforcement and public enforcement, albeit without having the competence of blurring the differences between collective and individual actions.

Over the years proposals have been made to further bridge the gap between public and private enforcement such as allowing consumers to rely on injunction orders in their follow-on actions for compensation or to leave to the Member States a discretion under the Injunctions Directive to decide whether the action against an unfair commercial practice or unfair standard contract term may be directed separately or jointly against a number of traders from the same economic sector, and whether it can be directed against a code owner where the relevant code promotes non-compliance with legal requirements.⁵³ To increase the effectiveness, such a possibility could be made always available in injunction actions against the infringements of all EU consumer law as listed in the Annex to the Injunctions Directive.⁵⁴ Also increased use of the CPC Regulation and its cooperation procedures has been advocated as an instrument to foster effectiveness.

Prior to evaluating the impact of these evolutions, we will first analyze the recent developments in European public enforcement legislation in the following section.

3. *Public enforcement*

Some of public enforcement's disadvantages are the general lack of remedies for consumers, the risk of businesses exerting influence on government bodies which may distort their objective of consumer

⁵² See CJEU, 20 Sept. 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko*, paras. 35 and 43.

⁵³ The *inter partes*-principle requires qualified entities to bring separate claims against all traders that engage in the same unlawful practice, and this may exceed their human and financial resources and is also a burden on the court system.

⁵⁴ See EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Report of the Fitness Check*, 23 May 2017, SWD (2017) 209 final, pp. 104-105.

protection and the problem of often being underfunded and understaffed.⁵⁵

European law impacted national public enforcement by introducing new enforcement mechanisms in legislation. The Injunctions Directive⁵⁶ first introduced a cross-border injunctions procedure for qualified entities such as government agencies and the CPC Regulation⁵⁷ adopted a mechanism for cross-border cooperation between mainly public authorities, but both mechanisms suffered from several drawbacks due to their limited scope and were therefore recently updated.⁵⁸

On the one hand the Directive on representative actions of 2020 replaces the Injunctions Directive and gives the possibility to both consumer organisations and government bodies to receive standing in collective procedures before national courts of law to pursue compensation for groups of harmed consumers.⁵⁹ On the other hand, the revised CPC Regulation

⁵⁵ See F. WEBER, *Law and Economics of Enforcing Misleading Advertising Laws: Incentives of Bona and Mala Fide Traders Assessed*, in W.H. Van Boom, A. Garde and N.O. Akseli, *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Farnham (UK), Ashgate Publishing limited, 2014, p. 203 ff., 206, where the problem of businesses exerting influence on government bodies is called 'capture' and 219 on the lack of remedies being the main drawback of public enforcement. See also EUROPEAN COMMISSION, *Study for the preparation of an Implementation Report of the General Product Safety Directive – Part 2: Country reports*, 2020, 365 pages, where a lack of financial and staff resources was repeatedly reported as an impediment to the effective enforcement of the General Product Safety Directive by government agencies. In addition, see EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Report of the Fitness Check*, 23 May 2017, SWD (2017) 209 final, p. 29, where the national consumer protection agencies signalled the lack of resources as an obstacle for effective public enforcement.

⁵⁶ *Directive No 2009/22/EC, 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests*, OJ 1 May 2009, issue 110, 30.

⁵⁷ *Regulation (EC) 2006/2004 of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (the Regulation on consumer protection cooperation)*, OJ 9 December 2004, issue 364, 1.

⁵⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Report of the Fitness Check*, 23 May 2017, SWD (2017) 209 final, 155 pages: Drawbacks of the Injunctions Directive were Member States hardly using the cross-border injunctions procedure, the high costs, length and complexity of the procedure and the *inter partes*-effect of injunctions decisions. See EUROPEAN COMMISSION, *Report assessing the effectiveness of Regulation (EC) N° 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on the cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws*, 25 May 2016, COM (2016) 284 final, 11 pages (drawbacks of the CPC Regulation were insufficient minimum powers of enforcers, insufficient sharing of market intelligence and limitations of the mutual assistance mechanism).

⁵⁹ *Directive 2020/1828 of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC*, OJ 4 December 2020, issue 409, 1.

of 2017 provides in detailed cooperation mechanisms between national enforcement authorities in the Member States.⁶⁰ These authorities need to be equipped with minimum but far-reaching investigation powers.⁶¹ Both the directive and regulation apply to the bulk of substantive consumer protection laws harmonised by the EU and therefore have a general bearing on the enforcement of EU consumer law in the Member States.⁶²

The initial lack of harmonised sanctions in the revised CPC Regulation was furthermore amended by the Omnibus Directive in 2019.⁶³ The Omnibus Directive requires sanctions to target the annual turnover of an undertaking and provides in criteria for Member States to follow when determining the amount of national sanctions for infringements.⁶⁴

Characteristic for these three new legislative instruments is that the EU legislator did not impose a choice on the Member States regarding public or private enforcement. However, the far-reaching nature of the minimum powers in the CPC Regulation does raise the question whether national legislators even have a political choice in light of their national constitutional law.⁶⁵ For example, Germany, a Member State that in the past was reluctant to achieve compliance with substantive consumer law through government agencies, had to adopt public enforcement mechanisms to effectively transpose the minimum powers included in the CPC Regulation.⁶⁶

The arrival of the Directive on representative actions, the CPC Regulation and the Omnibus Directive have without a doubt forced

⁶⁰ *Regulation (EU) 2017/2394 of 12 December 2017 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws and repealing Regulation (EC) No 2006/2004*, OJ 27 December 2017, issue 345, 1 (hereafter: CPC Regulation).

⁶¹ Article 9 CPC Regulation.

⁶² Annex of the CPC Regulation.

⁶³ *Directive 2019/2161 of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules*, OJ 18 December 2019, issue 328, 7 (hereafter: Omnibus Directive).

⁶⁴ Articles 1, 2(2), 3(6) and 4(13) Omnibus Directive.

⁶⁵ R. PODSZUN, C. BUSCH, F. HENNING-BODEWIG, *Consumer Law in Germany: a Shift to Public Enforcement?*, in *Journal of European Consumer and Market Law* (EuCML), 2019, p. 75 ff., p. 82. Some of the minimum powers include on-site inspections, seizing of documents and blocking of websites (Article 9 CPC Regulation), which seem difficult to be delegated to a private authority for applying these in the field.

⁶⁶ J. GLÖCKNER, *Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz 2004/2017 („CPC-Verordnung“)*, in Harte-Bavendamm and Henning-Bodewig (eds), *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG - Kommentar*, C.H. Beck, 2021, para. 413 and para. 427.

national legislators to rethink the design of their enforcement mechanisms at the national level, especially in the context of public enforcement. Prior to these new EU legislative instruments, the Member States only had to comply with the functional but fairly broad concepts of effectiveness, proportionality and dissuasiveness when designing the powers and sanctions that are applicable by public enforcers.⁶⁷ New functions have now emerged in consequence of the EU legislator's interventions, which will be highlighted hereafter.

3.1. *Compensatory function – bridging the gap with private enforcement*

The joint reading of the CPC Regulation and the Omnibus Directive seems to strengthen the idea that the EU legislator now strongly promotes the pursuit of compensation for consumers by public enforcers. Firstly, competent authorities under the CPC Regulation have the power to inform, by appropriate means, consumers that claim that they have suffered harm as a consequence of an infringement on substantive consumer law about how to seek compensation under national law.⁶⁸ Secondly, competent authorities are competent to receive, on the undertaking's initiative, or to seek to obtain remedies for the benefit of consumers that have been affected by an alleged infringement on substantive consumer law.⁶⁹ This power is called a commitment and is most likely a harmonisation effort based upon existing national practices in the Member States where government bodies could pursue compensation.⁷⁰

Commitments under the CPC regime can be applied by public authorities as a bargaining tool during negotiations when they can pressure undertakings to compensate harmed consumers. However, this requires the possibility to threaten the undertakings with sufficiently deterrent sanctions.⁷¹ Within the remit of the CPC regulation Member States could

⁶⁷ See e.g. Article 13 Unfair Commercial Practices Directive where the EU legislator stated that national penalties must be effective, proportionate and dissuasive. These principles have a bearing on the design and application of public enforcement mechanisms.

⁶⁸ Article 9(4)(d) CPC Regulation.

⁶⁹ Article 9(4)(c) CPC Regulation.

⁷⁰ Examples of Member States with public compensatory mechanisms prior to harmonisation by the EU are Malta, the Netherlands and Ireland. See EUROPEAN COMMISSION, *Study on enforcement authorities' powers in the application of Regulation 2006/2004/EC on Consumer Protection Cooperation*, 10 September 2016, p 61-62.

⁷¹ See also on this point E. TERRY, P. VERBIEST, *De herziene CPC verordening als oplossing voor grensoverschrijdend consumentenleed?*, in *Droit de la Consommation – Consumentenrecht* (DCCR), 2018, p. 5 ff., pp. 27-28.

continue to apply their existing national sanctions, which often had a limited scope in comparison to the gravity, scale and duration of some infringements that occurred in the EU. An example is the administrative sanction by the Dutch Consumer and Market Authority imposed against Volkswagen AG because of the well-known emissions scandal⁷² that could not exceed the legal maximum of 450,000 euros,⁷³ a limited amount of money in comparison to the wide-spread detriment caused to consumers in the Netherlands by the infringer.⁷⁴ Deterrent sanctions that in a specific case at least equal or preferably exceed the harm done to consumers, also fully depriving the undertaking of the illegitimate benefits that flow from the violation⁷⁵, are required so that public enforcers can successfully negotiate compensations for consumers in the sense of commitments under the CPC Regulation.

The Omnibus Directive corrected the EU legislator's initial lack of attention for sanctions when drafting the CPC Regulation. When sanctions are imposed due to enforcement measures being taken under Article 21 of the CPC Regulation, in the case where a minimum of three Member States are involved in the infringement of substantive consumer law, the Member State applying the sanctions must ensure that at least 4% of the undertaking's annual turnover in the Member States concerned

⁷² See J. VERECKEN, J. WERBROUCK, *Goods with Embedded Software: Consumer Protection 2.0 in Times of Digital Content?*, in *Indiana Int'l & Comp. Law Review*, 2019, p. 53 ff., pp. 81-82, for a detailed description of the scandal's facts, violated consumer interests and legal problems.

⁷³ Consumer and Market Authority (18 October 2017) administrative decision No ACM/17/003870 (NL), para. 153, available at <https://www.acm.nl/nl/publicaties/boete-volkswagen-ag-voor-oneerlijke-handelspraktijken> (last visited 6 June 2023): In this decision of 2017, Volkswagen was imposed the maximum fine of 450,000 euros by the Dutch Consumer and Market Authority or ACM (*'Autoriteit Consument en Markt'*). ACM took many factors into consideration when deciding on the maximum fine, including Volkswagen's global turnover as one of the largest car manufacturers in the world. However, this consideration could not be fully taken into account, since a maximum fine of 450,000 euros for a company such as Volkswagen with a worldwide turnover of around EUR 100 billion in 2016 cannot be considered as a sufficiently deterrent measure.

⁷⁴ See CONSUMER AND MARKET AUTHORITY, *ACM start onderzoek naar Volkswagen*, available at <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16737/ACM-start-onderzoek-naar-Volkswagen> (last visited 6 June 2023), where the Consumer Market Authority estimates that 160,000 cars were sold in the Netherlands equipped with fraudulent software.

⁷⁵ Compare with CJEU, 19 Jun. 2021, C-303/20, *Ultimo Portfolio Investment*, para 32: "in order for a penalty to be effective and dissuasive, those responsible must be deprived of the economic benefits derived from their infringement."

is taken into account for determination of the amount of the sanction.⁷⁶ When information on the undertaking's annual turnover is unavailable, then Member States shall introduce the possibility to impose fines of a maximum amount of 2 million euros. Although the Omnibus Directive is limited in scope, excluding mere domestic infringements or cross-border infringements where only two Member States are involved, the transposition learns that the Member States have gone beyond this scope, creating a spill-over effect, and apply the concept of sanctions based on the annual turnover to all infringements that a public enforcer determines.⁷⁷ Lastly, the Omnibus Directive gives some legal certainty to undertakings who comply with the request of a public enforcer to adopt commitments to compensate consumers or who voluntarily remedy the detriment they caused to consumers. Member States have to ensure that, when imposing sanctions, any action taken by the undertaking to mitigate or remedy the damage suffered by consumers is taken into account.⁷⁸

Thus, the revised CPC Regulation and the Omnibus Directive together effectively facilitate the *indirect* attainment of compensation for consumers by public enforcers. The Directive on representative actions, albeit depending on the transposition by the Member States, may also stimulate Member States to arm their public supervisory watchdogs or other national public institutions with the power to *directly* pursue compensation for harmed groups of consumers in a court of law. The idea of consumer representation by a government body in a collective judicial procedure for compensation also stems from national practices in the Member States, for instance Finland and Sweden.⁷⁹

In our view there are several reasons why the designation of public bodies as 'qualified entities' to bring representative actions in the sense of the directive can be regarded as a positive innovation to the overall protection of consumer interests. First, the public bodies mentioned in the Directive on representative actions are not subject to the strict requirements applicable to private organisations such as consumer associations in order

⁷⁶ E.g., Article 8b(4) in UCTD (after being amended by the Omnibus Directive).

⁷⁷ See e.g., Belgium, where the sanction taking into account the annual turnover Omnibus Directive transposed in Article XV.70 Code of Economic Law applies to all criminal and administrative sanctions that can be taken when an undertaking violates the Code of Economic Law.

⁷⁸ E.g., Article 13(2)(b) UCPD (after being amended by the Omnibus Directive).

⁷⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Study on enforcement authorities' powers in the application of Regulation 2006/2004/EC on Consumer Protection Cooperation*, 10 September 2016, p 61-62.

to bring a cross-border representative action. These requirements such as the prior activity of twelve months in the protection of consumer interests, the non-profit-making character and strict independency from persons other than consumers could prevent private organisations from being (willing to be) designated as ‘European qualified entities’ for cross-border representative actions.⁸⁰ Second, consumer organisations in the EU have not always been sufficiently equipped to or willing to take up the challenge of enforcing consumer rights in a court of law.⁸¹ Also domestic representative actions may therefore remain limited, especially when Member States impose similar or even stricter requirements for the designation of private organisations as mere national qualified entities.⁸² These disadvantages for private organisations to bring representative actions in the EU may prompt national legislators to designate public bodies as entities qualified to bring a representative action for redress when consumers have been harmed so that collective enforcement actions may take place.⁸³ Thirdly, the national practice of government bodies receiving standing in judicial class actions reveals that other functions on top of compensation may become important. For instance, the mere possibility to initiate collective actions strengthened the Finnish Consumer Ombudsman’s position to

⁸⁰ Article 4(3) Directive on representative actions.

⁸¹ See C. HODGES, *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems – A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford 2008, 29, where it is reported that Finland restricted class actions in the interest of consumers to only the public Consumer Ombudsman receiving standing in order to minimize abuses and ensure that class actions would not be used as a tool of blackmail or damage like in the United States.

⁸² See e.g., Germany, where Article §606(1) Zivilprozessordnung requires for qualified entities to bring a declaratory action (*‘Musterfeststellungsklage’*): i) the organisation must have at least 10 legal persons or 350 natural persons as a member, ii) has to be at least four years on a list of the *Unterlassungsklagegesetz* or of the European Commission, iii) protects the interests of consumers by means of non-commercial consultancy activities, iv) a non-profit making character, v) no more than five percent of the organisation’s financial means come from companies).

⁸³ In France, for example, only a few consumer organizations had the resources and brand awareness to initiate a class action (*‘action de groupe’*). As a result, the use of collective actions was very limited in practice. Consequently, the French legislator was advised to also have ad hoc organizations or the French public enforcer (*‘la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes’*) act as representatives. See the advice in ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d’information déposé en application de l’article 145-7 du Règlement par la Commission des affaires économiques sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, 2016, available at <https://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rap-info/i4139.pdf> (last visited 6 June 2023), p. 20.

reach out-of-court settlements with undertakings since no final judgments for a class action have ever been reached in Finland. The Finnish legislator therefore rightly emphasizes the mainly preventive function of a theoretically compensatory judicial procedure.⁸⁴ Collective actions also contain this additional preventive and deterrent function when private organisations have the right to initiate the judicial procedure,⁸⁵ but arming public enforcers with an additional right to bring a judicial action for compensation expands their enforcement toolbox strengthening their overall position on the national market as an effective supervisor.

The role of the European Commission within the new legislative initiatives remains limited. It follows that, despite harmonisation efforts, private and public enforcement of consumer law remains to a considerable extent divergent and thus fragmented across the Member States. For instance, the European Commission can only coordinate actions tackling a 'widespread infringement with a Union dimension' in the sense of the CPC Regulation,⁸⁶ which means that two-thirds of the Member States should be involved, accounting, together, for at least two-thirds of the population of the EU.⁸⁷ Exceeding this threshold will probably be extremely rare. Apart from this coordinating role and in the event of cross-border infringements, the European Commission mainly acts as a mediator between competent national authorities and as a central information hub in the CPC network. The effectiveness of compensation always depends on the performance of enforcement mechanisms in place in a particular Member State, which may still vary according to national traditions, including existing drawbacks. A more involved and direct role for the European Commission could arguably enhance effective enforcement of consumer law in the EU. It could contribute to more consistent enforcement practices across the Member States while also reducing the costs and duration of public enforcement

⁸⁴ EDUSKUNTA RIKSDAGEN, *Hallituksen esitys eduskunnalle kuluttajien yhteisten etujen suojaamiseksi nostettavia edustajakanteita koskevan direktiivin täytäntöönpanoa koskevaksi lainsäädännöksi* ('Government proposal to Parliament for legislation implementing the Directive on representative actions for the protection of consumers' collective interests'), HE 111/2022, p 88.

⁸⁵ S. VOET, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering*, Intersentia, Antwerp 2012, pp 17-18, paras. 15-17.

⁸⁶ Article 17(3) CPC Regulation. The European Commission will also be a coordinator if less Member States are involved and the competent authorities involved cannot reach an agreement based on consensus about which authority among them will be the coordinator of a cross-border infringement with at least three Member States (see Article 17(2) CPC Regulation). Moreover, the CPC Regulation remains silent on which authority should take the sanctioning measures.

⁸⁷ Article 3(4) CPC Regulation.

altogether, although this policy option obviously would require a strong political commitment among the Member States for it to succeed.

In the same vein, the Directive on representative actions only grants the European Commission the function of information hub and monitoring the implementation of the directive. Additionally, cross-border representative actions are subject to strict criteria for the designation of private qualified entities to receive standing.⁸⁸ It can be questioned whether these criteria will be able to develop a European practice where cross-border representative actions will become a common reality for relieving harm for consumers, especially since the cross-border procedures were already very rare under the Injunctions Directive where no criteria existed at all to bring a cross-border action.⁸⁹ Currently, it seems unlikely that private organisations, mainly being consumer organisations, are sufficiently equipped (financially or otherwise) or willing (by lack of a satisfactory financial incentive) to bring these cross-border representative actions.⁹⁰

Instead of reducing the current criteria for cross-border representative actions, which can be seen to serve a legitimate purpose of avoiding frivolous lawsuits and (other) abuses,⁹¹ another course of action could be

⁸⁸ These criteria can be considered strict when the comparison is made with the requirements put forth in the Commission's proposal, see Article 4(1) of the *Proposal on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC*, 11 April 2018, COM (2018) 184 final. Legal scholars are also of the opinion that the criteria are very strict, see e.g. P. ROTT, *Editorial – A proper EU collective redress mechanism, finally!*, in *Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)*, 2020, p. 223 ff., p. 224.

⁸⁹ In 2012, since the introduction of the first Directive on Injunctions in 1998, only a few cases were known in which a cross-border injunction claim was submitted. Moreover, it was always a public regulator, namely the OFT (Office of Fair Trading from the UK), that used the injunction and not a private consumer organization. The cessation claim against the company Duchesne was filed by the OFT before the Brussels Commercial Court. However, the procedure was complex, long and expensive. See on this point E. TERRYIN, *Section 1 - Le contrôle de l'application du droit des pratiques commerciales déloyales – l'expérience du règlement 2006/2004 relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs*, in E. Terryin, D. Voinot (eds), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Brussels, Larcier, 2012, p. 33 ff., p. 50, para. 30.

⁹⁰ See also on this point R. MARCUS, *America's dynamic and extensive experience with collective litigation*, in C. Hodges, A. Stradler (eds), *Resolving Mass Disputes – ADR and Settlement of Mass Claims*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2013, p. 148 ff., p. 163: From a rational perspective of the organization making a cost-benefit analysis, there will be little incentive to bring class actions when the possible return for the organization itself is limited.

⁹¹ EUROPEAN PARLIAMENT, *Collective redress in the Member States of the European Union*, 2018, PE 608.829, available at [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU\(2018\)608829_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/608829/IPOL_STU(2018)608829_EN.pdf) (last visited 6 June 2023), p. 27:

the stimulation of public enforcement by national authorities and by a public authority at the EU level. Indeed, public enforcers are as mentioned above not subject to these criteria under the Directive on representative actions. In this respect, it can be recommended that the Member States at least designate *one* public authority as a competent qualified entity under the Directive on representative actions so that they can pursue the enforcement of cross-border infringements.⁹² When these public authorities are the same as the ones under the CPC Regulation, they will be armed with a litigatory compensation power that can be used when the attempt to receive commitments by an undertaking under the CPC Regulation has failed. Public enforcement could then possibly effectively alleviate some of the remaining barriers to compensatory actions within private enforcement (e.g., consumers remaining inert to bring claims for damages, also including the common problem of inertia for consumers to join a collective action⁹³, consumer organisations facing financial difficulties to advance funds for a collective action, etc.).

3.2. The preventive and remedying function in view of digitized infringements

The CPC Regulation places an emphasis on enforcing infringements that take place in a digital environment, which is necessary to meet the challenges of the Digital Single Market, such as infringements in an online

“Standing (i.e. who can bring the action) is a crucial issue. Indeed, depending on how restricted the framework is, it is considered a possible response to potential abuses. It is generally thought that if legal standing is subject to a strict framework it will decrease the possibility of abuses.”

⁹² EUROPEAN PARLIAMENT, *legislative resolution of 26 March 2019 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC (COM(2018)0184 – C8-0149/2018 – 2018/0089(COD))*, 26 March 2019, P8_TA-PROV(2019)0222, proposed amendment 42 and 48: The obligation for the Member States to designate at least one competent authority was mentioned as a proposed amendment in the parliamentary preparation of the European Parliament. Such an obligation could have given the Directive on representative actions more clout, because there is now a risk that certain – perhaps the smaller – Member States will not designate a competent authority, for example because there is no sufficiently wealthy and organized consumer organization in that Member State that can take legal action. In that situation, an obligation to designate a competent authority could have prompted Member States to designate a public authority as their competent national body to bring representative actions.

⁹³ See more extensively K. HAMULAKOVA, *Opt-Out Systems in Collective Redress*, in *Hungarian Journal of Legal Studies* (Hung. J. Leg. Stud.), 2018, p. 95 ff., p. 98.

context.⁹⁴ Especially in a digital environment undertakings can target many consumers in a short period of time with a single infringement, while possibly hiding their identity, and/or relocate quickly to escape enforcement and even commit new infringements.⁹⁵ In contrast to private enforcement mechanisms, also when taking into account injunctions which may be ignored by malevolent undertakings, public enforcers have the ability to intervene quickly to stop such online market practices in an early stage before large groups of consumers suffer detriment.

The CPC Regulation requires Member States to grant digital interim measures to their competent authorities to bring about the cessation or the prohibition of infringements on substantive EU consumer law. They have the power to remove content or to restrict access to an online interface or to order the explicit display of a warning to consumers when they access an online interface, the power to order a hosting service provider to remove, disable or restrict access to an online interface or, where appropriate, the power to order domain registries or registrars to delete a fully qualified domain name and to allow the competent authority concerned to register it.⁹⁶ Specifically, this means that an undertaking who is spreading advertisements in an online environment in violation of substantive consumer laws, for instance because they are misleading or aggressive, can quickly be stopped by removing the promotional digital content or by restricting access to the digital platform through which the advertisements were exposed to consumers.⁹⁷

Firstly, these digital interim measures are subject to a requirement of subsidiarity, as no other effective means may be available to bring about the cessation or prohibition of the infringement in order for the interim measures to apply. An interesting transposition of this subsidiarity requirement can be found in Belgium where national legislation requires

⁹⁴ Recital 1 CPC Regulation. The emphasis by the EU legislator on consumer protection in a digital environment is according to some scholars the core of the innovation in the renewed CPC Regulation of 2017, see H.-W. MICKLITZ - M. NAMYSŁOWSKA, *Neue Verordnung (EU) 2017/2394 über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit*, in P.W. Heermann and J. Schlingloff (eds), *Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Bd. 1: Grundlagen, §§ 1-7 UWG*, C.H. Beck, 2020, para. 61.

⁹⁵ See, e.g., EUROPEAN COMMISSION, *Commission Staff Working Document. Report of the Fitness Check*, 23 May 2017, SWD(2017) 209 final, p. 27: “The need for strong enforcement is particularly relevant given the quickly developing digital environment, which enables traders to target massive numbers of consumers rapidly and makes it possible for rogue traders to discontinue or restart a detrimental practice quickly.”

⁹⁶ Article 9(4)(g) CPC Regulation.

⁹⁷ The Digital Services Act, referred to hereafter, must also be seen in this context.

the Belgian public enforcer of consumer law to contact the infringing undertaking prior to imposing digital interim measures on private parties. Infringing undertakings subsequently may voluntarily apply the digital interim measure by their own motion within 24 hours, evidently insofar the contact details of the undertaking are known to the public enforcer.⁹⁸ The option of voluntary regularisation can be viewed as arguably beneficial to the effectiveness and cost-efficiency of public enforcement since it prevents the activation of several procedures that protect the undertaking in the event of imposed digital interim measures.⁹⁹ Secondly, the cessation or prohibition of digital market practices can only take place to avoid the risk of serious harm to the collective interests of consumers. This boils down to a proportionality requirement where only infringements that may harm a potentially large group of consumers can be subject to the digital cessation and prohibition powers under the CPC Regulation. For instance, advertisements distributed in an online environment probably encompass such potential. The private communication between an undertaking and a single consumer or a limited group of consumers conversely does not seem to fall within the remit of “serious harm to the collective interests of consumers”.

3.3. *Uncovering and exchanging pertinent information*

Information plays an increasingly central role in the effective enforcement of consumer law. The identity of the infringing undertaking can in some cases be unknown to the consumer or consumer organisations, for instance when the undertaking hides itself or changes names and identification information frequently.¹⁰⁰ Also in the context of artificial intelligence-based technologies can the identity of the producer or the commercial operator sometimes remain difficult to reveal or unknown, for example when an

⁹⁸ See Article XV.5/1 Code of Economic Law (Belgium). However, an exception to the obligation resting on the Belgian public enforcer to initially contact the infringing undertaking can be made in the event of a motivated situation of urgency.

⁹⁹ E.g., in Belgium the undertaking can apply an appeal procedure with the public prosecutor’s office and the public prosecutor’s office in any event needs to confirm the digital interim measure within 48 hours so that they may remain in force.

¹⁰⁰ See also on this point F. WEBER, *Law and Economics of Enforcing Misleading Advertising Laws: Incentives of Bona and Mala Fide Traders Assessed*, in W.H. Van Boom, A. Garde and N.O. Akseli (eds), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate Publishing Limited, Farnham (UK) 2014, p. 203 ff., 203-204.

AI-based influencer puts an advertisement online for a good or service without mentioning which undertaking gains the financial benefits of the advertisement or is responsible when the AI-based influencer would violate regulations on unfair commercial practices.¹⁰¹

Sometimes the lack of information applies not (only) to the trader, but the infringement as well. The notorious *Dieseltgate* emissions scandal where fraudulent software in automobiles with the purpose of deceiving consumers was detected only after many years illustrates that infringements hidden in software may prove difficult to discover. They may last many years and cause mass harm as the duration of infringement persists. It can be expected that infringements relating to software embedded in tangible goods may occur more often in the future, whereas the means and expertise for interested private parties such as consumers and consumer organisations to discover these infringements on time or even at all remain limited.¹⁰²

Public enforcers can apply special competences and often have access to networks and databases to make the necessary information for enforcement available. Some of the powers included in the CPC Regulation specifically target the uncovering of the identity of the perpetrator. Competent authorities have the investigative power to request any relevant information, data or documents, in any form or format and irrespective of their storage medium, or the place where they are stored, including tracing financial and data flows, ascertaining the identity of persons involved in financial and data flows, and ascertaining bank account information and ownership of websites.¹⁰³ A useful transposition of this power in light of increasing effectiveness and cost-efficiency could then be the collection of the information in a central information point or a national database where information of various sources such as banks, businesses, business organisations, other public authorities etc. is aggregated or processed so that financial and data flows can be traced more swiftly. For instance, in Belgium the public enforcers of consumer law can request the pertinent information on financial and data flows from the National Bank of Belgium instead of requesting the same information through often tedious procedures from private banks.¹⁰⁴

¹⁰¹ See F. MERTENS, J. GOETGHEBUER, *Virtual Reality, Real Responsibility: The Regulatory Landscape for Virtual Influencers* in J. Kerckaert and S. Geiregat, *Social Media Influencers and the #Law*, LeA Uitgevers, Heverlee 2024, to be published.

¹⁰² See J. VERECKEN, J. WERBROUCK, *Goods with Embedded Software: Consumer Protection 2.0 in Times of Digital Content?*, in *Indiana Int'l & Comp. Law Review*, 2019, pp. 53-97.

¹⁰³ Article 9(3)(b) CPC Regulation.

¹⁰⁴ See Article XV.5, 3° Code of Economic Law (Belgium).

Article 35 of the CPC Regulation instructs the European Commission to establish and maintain an electronic database for all communications between competent authorities, single liaison offices and the Commission. The database stores and processes all relevant information. Consumer and business organisations can also provide information through the alert system of Article 27 for the purpose of adding it to the database, but they are denied access as this remains limited to the competent authorities of the CPC network. Nonetheless, overall the harmonisation efforts as regards the mechanisms for the exchange of information for the purpose of enforcing EU consumer law still remain limited. Problems at the national level regarding databases and the exchange of information between public entities are not necessarily avoided.¹⁰⁵ In this respect it could be desirable for legislators to rethink (and expand) the availability and access to databases so that information may be exchanged more easily and cooperation enhanced, for instance by extending access to other public authorities outside of consumer law, by linking existing databases together and/or by creating a uniform system of information entry when multiple databases exist.¹⁰⁶

4. *Ways forward*

Public enforcement concepts like the *ex officio* approach are nowadays well vested into private law enforcement of consumer contracts whereas compensation becomes a more prominent component of public enforcement. The supplementary function of public enforcement seems to become a necessary *complementary* function for effective enforcement of European substantive law, including consumer law.

This increasing intertwinement of private and public enforcement mechanisms calls for a new balanced approach to which the following suggestions could contribute. Hereafter we list a number of measures that in our view might enhance the effective enforcement of substantive consumer law. It must be noted from the outset that our suggestions are

¹⁰⁵ See G. STRAETMANS, J. VEREECKEN, *Study for the preparation of an Implementation Report of the General Product Safety Directive: country report Belgium*, 2021, p 27, where many problems are reported regarding the use of databases impeding the effectiveness of the public enforcement of the General Product Safety Directive.

¹⁰⁶ See Article 6 CPC Regulation which stimulates the cooperation between public enforcers of consumer law and other public authorities within Member States. The proposed measures concerning databases could be seen as a best practice implementation of this provision.

limited to substantive consumer law, although it is not excluded that they also could have a positive effect on enforcement in the broader context. We start with a number of more specific suggestions to end with more general initiatives to be taken.

4.1. Specific rules defining the interplay between private and public enforcement

Despite an emerging complementary function of public and private enforcement, their mutual interplay has not yet been dealt with in detail. Stricter rules on the complementary nature of both enforcement mechanisms could however in our view help consumers in their pursuit of redress and enhance the effectiveness of the enforcement mechanisms. Interplay provisions could, firstly, contain the *obligation* for public enforcers to publish decisions and, secondly, provisions on the probative value of a decision (for instance, a public enforcer's decision creates the rebuttable presumption that an infringement took place, which the consumer or consumer organisation will no longer have to prove in a court of law; this could also work in cross-border situations). Thirdly, public enforcement could be mandated to take into account private law sanctions that already have a deterrent effect on undertakings and, vice-versa, judges could be nudged or obligated to take into account the effect of a prior public authority's sanction on an undertaking. Indeed, it has been submitted by scholars that the principle of proportionality of EU law requires that enforcement measures taken in one enforcement mode are taken into account by another enforcement mode so that the cumulative effect of multiple enforcement measures will not be disproportionate.¹⁰⁷

In the same vein, public enforcement measures could facilitate private enforcement actions and results. For instance, out-of-court settlements and mediation solutions sometimes suffer from businesses violating the agreements reached in mediation or the advice given by a non-judiciary body in a mediated dispute between a consumer and a business.¹⁰⁸ In the

¹⁰⁷ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Deterrence in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *European Review of Private Law (ERPL)*, 2017, p. 575 ff., para. 51.

¹⁰⁸ See for more details and source material: A. FEJÖS AND C. WILLETT, *Consumer Access to Justice: The Role of the ADR Directive and the Member States*, in *European Review of Private Law (ERPL)*, 2016, p. 33 ff., 55.

Netherlands the Consumer and Market Authority has in light of such difficulties already declared that it is willing to tie administrative sanctions to the violation of an advisory decision of the privately organised business organisation that supervises the fairness of commercial advertisements.¹⁰⁹

Naming and shaming of businesses who disrespect or violate agreements and advice reached by out-of-court private enforcement may also be an effective deterrent towards non-compliant behaviour. For example, in Finland the national consumer organisation *Kuluttaja* publishes a blacklist of undertakings who violate the advisory decisions reached by the Consumer Disputes Board in a publicly organised out-of-court procedure resolving conflicts between consumers and undertakings.¹¹⁰ The Finnish blacklist is reported to have a positive effect on voluntary compliance by undertakings.¹¹¹

These examples show that differing public enforcement and private enforcement mechanisms can complement and support each other. Moreover, the strengthening of out-of-court private enforcement can be beneficial to remedy the common drawback of public enforcers being understaffed and underfunded since these infringements need not be resolved or enforced by public enforcement measures. The support of these out-of-court settlements and mediation procedures therefore works also as an advantage to public enforcement.

4.2. *Empowering consumers through extensions of the binding force of judgments*

The ECJ recognized in *Invitel* and *Biuro* highlighted above that an *erga omnes*-effect on decisions given during collective schemes combatting

¹⁰⁹ CONSUMER AND MARKET AUTHORITY, *Reclame voor “gratis” ringtones als misleidend aangemerkt*, available at <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7239/Reclame-voor-gratis-ringtones-als-misleidend-aangemerkt> (last visited 9 January 2023).

¹¹⁰ KULUTTAJA, *blacklist*, available at <https://kuluttaja.fi/fi/valta-naita-yrityksia> (last visited 29 June 2023).

¹¹¹ EUROPEAN COMMISSION, *Consumer Law Database – Enforcement in Finland*, 2021, 7; L. ERVO, *The Impact of the Directive on Representative Actions for the Protection of the Collective Interests of Consumers on the East-Nordic Countries’ Legislation*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2020, 2, p. 143 ff., pp. 144-145. See, however, K. VIITANEN, *Nordic Experiences on Group Action for Compensation* in M. Casper, A. Janssen, P. Pohlmann, R. Schulze (eds.), *Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?*, Sellier European Law Publishers, München 2009, p. 219 ff., p. 238, who reports that the deterrent effect of the blacklist is often limited regarding smaller businesses.

violations of substantive consumer law could effectively contribute to the improvement of the level of protection of consumers. In both cases the ECJ welcomed the initiatives taken by the Member States concerned, albeit under strict conditions. In *Invitel* the Court emphasized that proceedings must have been initiated by a body appointed by national legislation to serve the public interest and that extended binding force could work only regarding unfair terms in consumer contracts concluded with the same seller or supplier to which the same general business conditions apply. In the same line, the ECJ confirmed in *Biuro* that the effects of a judicial decision declaring unfair terms unlawful may be extended to all consumers having concluded a contract containing the same terms with the same seller or supplier, without their having to be a party to the proceedings brought against that seller or supplier. It further held that a collective scheme whereby the use of standard contract terms with content identical to that of terms which have been declared unlawful by a judicial decision having the force of law are entered in the register of unlawful standard contract terms, could give rise to fines in administrative proceedings imposed on another undertaking which was not a party to the proceedings culminating in the entry in the register of unlawful standard contract terms, and that such mechanism was in conformity with the protective aims of the UCTD as well as the Injunctions Directive provided that a number of conditions were met. The use of materially identical terms (same harmful effect to consumers) in such circumstances was considered, under national law, an unlawful act which constitutes a practice which harms the collective interests of consumers.

A public register which has the characteristics that correspond to the concerns of the ECJ may be consulted by any consumer and by any seller or supplier and facilitates the circulation and reproduction of terms held to be unlawful by sellers or suppliers other than those who are the reason behind the entry of such terms in the register concerned. It also contributes to the transparency for all parties concerned and, therefore, the ensuing legal certainty. The public register may also reinforce the proper functioning of the national judicial system, by avoiding multiplication of judicial proceedings involving similar standard contract terms used by those other sellers or suppliers. Since the ECJ found a public register with those features in conformity with the Injunction Directive and the UCTD there is no reason to limit its impact to those directives alone. It may therefore be advocated to extend the register to other violations of substantive consumer contract law that are ranked among the core protective measures of consumer protection and to which an *ex officio* approach is applied by

the ECJ. The same approach could arguably be followed with regard to unfair commercial practices that are prohibited under all circumstances, for instance the *per se* prohibitions listed in the annex to the UCPD.

The *erga omnes* effects of court judgments and the public register applied in some of the Member States could benefit from a *spill-over* effect in the other Member States through the mediation of the European legislator. When Member States are encouraged, stimulated or even required by the European legislator to implement these practices in their enforcement policies they could become a new standard in the European Union, even when the modalities under which the generalisation of these schemes would take place need further examination. It is well conceivable that in accordance with the different enforcement cultures existing in the Member States slight variations in the implementation of the schemes are to be allowed.

4.3. Instrumentalization of major market players in the enforcement of substantive consumer law

Recently we witnessed an evolution in the European legislator's approach towards enforcement in competition law. Instead of adding to the open norms in the TFEU relating to cartels and the abuse of a dominant position on the market, the Digital Markets Act¹¹² (DMA) directly imposes strict and detailed obligations on powerful platforms that act as gatekeepers in the digital sector with the aim of ensuring contestable and fair markets through the creation of a level playing field for all digital companies. To take back control the European Commission is the sole authority to enforce the new rules. To that end the European Commission enjoys strong investigative and enforcement powers, to allow it to monitor the rules laid down in the Act. Among the rules imposed on gatekeepers we find directly applicable rules relating to the use of data and access to the platform (Article 5), a variety of rules susceptible of being further specified (Article 6) and rules on the inter-operability of number-independent interpersonal communications services (Article 7).

According to Article 3 of the DMA three main objectives and cumulative criteria determine whether a company is a gatekeeper: 1) size that significantly impacts the internal market (based on annual Union

¹¹² Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828, OJ 12 October 2022, L 265/1.

turnover); 2) control of an important gateway of business users towards final consumers (core platform service based on the number of active business and end users in the EU); and 3) an entrenched and durable position (existing or foreseeable in the near future).

In the same vein also the Digital Services Act¹¹³ (DSA) imposes specific rules to providers of online platforms that have been designated as very large online platforms. According to Article 33 of the DSA the designation is based on among other criteria, the number of average monthly active recipients of the service in the Union.

Equally to the DMA, the DSA instrumentalizes the major market players in the platform economy to prevent violations from further causing harm to a great number of consumers. In short, the DSA introduces new rules to help protect users from harmful and illegal content. The rules will significantly improve the removal of illegal content, and will also help tackle harmful content, like political or health-related disinformation. The DSA also contains rules making sure that transparency online is improved and that products sold online are safe and follow the highest standards set in the EU, including rules relating to the traceability of traders.

This evolution features a new legislative approach that seems to be characterized by the instrumentalization of major market players like big platforms to ensure contestable and fair markets. This begs the question whether the approach taken whereby major market players are increasingly seen as logical extensions of the public enforcement authorities in the European Union (or by analogy of the Member States), could have positive effects also as regards enforcement in the broader field of consumer law, beyond the online platform context. Although it is too early to fully assess the potential positive impact of this new market regulation technique adopted in the recent EU Acts, we believe that especially with regard to the platform economy this approach should be further explored in the context of substantive consumer law. In that light the following rules of the DSA deserve closer attention.

¹¹³ *Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC, OJ 27 October 2022, L 277/1.*

4.4. *Breaking down barriers and lowering thresholds to enhance private enforcement*

Indeed, the DSA goes further than simply imposing rules to avoid harmful and illegal content on online platforms. It more importantly introduces provisions ensuring that there should always be a business or legal representative based in the EU that can be held liable for violations of consumer protection laws and to that aim even extends liability to online platforms. More in particular the DSA bases the relevant test for online platform liability on whether the average consumer is led to believe that the product is provided by the platform.¹¹⁴ An identical solution has been proposed with regard to the liable persons in the proposal for a revised product liability directive¹¹⁵. The proposal states in Article 7 (5) that Member States shall ensure that where a manufacturer cannot be identified or, where the manufacturer is established outside the Union, an economic operator cannot be identified, each distributor of the product can be held liable where: (a) the claimant requests that distributor to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product; and (b) the distributor fails to identify the economic operator or the person who supplied the distributor with the product within 1 month of receiving the request. Article 7(6) adds that this

¹¹⁴ According to Article 6 (3) of the DSA the exemption from liability for hosting platforms “shall not apply with respect to the liability under consumer protection law of online platforms that allow consumers to conclude distance contracts with traders, where such an online platform presents the specific item of information or otherwise enables the specific transaction at issue in a way that would lead an average consumer to believe that the information, or the product or service that is the object of the transaction, is provided either by the online platform itself or by a recipient of the service who is acting under its authority or control”. The ECJ applied a similar approach in the *Sabrina Wathelet* judgment (CJEU, 9 Nov. 2016, C-149/15, *Sabrina Wathelet*) in the context of the sale of goods Directive 1999/44/EC that imposes specific liability on the seller in respect of the sale of goods which are not in conformity with the contract of sale. It held that a person acting as an intermediary for a private individual could be regarded as being himself the ‘seller’, where he had not duly informed the purchaser of the identity of the owner of the goods. The concept of ‘seller’ defines the group of persons against whom a consumer may have recourse in the event that goods are not in conformity with the contract. Directive (EU) 2019/771 extends the scope of the concept of ‘seller’ to any natural person or any legal person that is acting through any other person acting in that natural or legal person’s name or on that person’s behalf, for purposes relating to that person’s trade, business, craft or profession (Article 2 (3)).

¹¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products*, COM (2022) 495 final.

also applies to any provider of an online platform that allows consumers to conclude distance contracts with traders and that is not a manufacturer, importer or distributor, provided that the conditions of Article 6(3) set out in the DSA are fulfilled.¹¹⁶

A similar attempt to secure consumers at least one economic operator in the EU liable for breaches of substantive consumer law can be found in *Tiketa*¹¹⁷. In this case the Court held that Directive (EU) 2011/83 (Consumer Rights Directive) does not determine the identity of the parties to the contract concluded with the consumer where the principal trader uses an intermediary, nor does it govern the attribution of liability between the principal trader and the intermediary in the event of failure to fulfil the obligations which it lays down. In that light the ECJ held that the question whether the natural or legal person who is acting as an intermediary in the name of or on behalf of another trader has informed the consumer that he was acting in that capacity has no bearing on the classification of that intermediary as a 'trader'. According to the definition an intermediary is a 'trader'. Hence, the Court added that the fact that that intermediary is a trader does not prevent that also being the case of the principal trader, in the name of or on behalf of which that intermediary is acting, without there being any need to establish the existence of a twofold provision of services, since *both of those traders* are required to ensure compliance with the requirements laid down by that directive.¹¹⁸

In the proposal for a revised product liability directive cited above the European legislator openly recognizes that the existing liability rules have shortcomings when it comes to the burden of proof, since consumers may find it challenging to prove that a product was defective and that this defect caused the damage, particularly in complex cases involving for instance pharmaceuticals and smart products. For businesses, this concretely means that under the revised product liability directive they will be obliged to disclose evidential information that a claimant would need to prove his case in court, however including a safeguard for the protection of trade secrets.

¹¹⁶ Some authors have been very critical about this proposal as it is susceptible to circumvention. In that regard, complementary factors to the impression given to the average consumer were proposed to discipline online platforms such as the platform's control in the transaction chain, its contractual relationship with the consumer and the power of the platform in the market concerned. See D. FAIRGRIEVE, C. BUSCH, E. BÜYÜKSAGIS, B.L. GARRETT, G. STRAETMANS, A. KARAIKOS, J. LINLEY, G. MARKOU, A. PATERSON, N. SHARKEY, *Product Liability and Online Marketplaces: Comparison and Reform*, ICLQ 2024, forthcoming.

¹¹⁷ CJEU, 24 Feb. 2022, C-536/20, *Tiketa*.

¹¹⁸ In *Eventim* (CJEU, 31 Mar. 2022, C-96/21, *Eventim*) the ECJ confirmed *Tiketa*.

In an equal effort to come consumers to the rescue the revised proposal also introduces rebuttable presumptions to alleviate the burden of proving for consumers. In the same vein, the threshold of 500 Euro for compensatory claims for damage caused by defective products has been removed.

The careful scrutiny of the effects in practice of the Product Liability Directive has brought the European legislator to propose amendments to increase the effectiveness of the directive for the benefit of consumers. It could be seen as a good practice to stimulate a thorough evaluation of the other existing instruments with the purpose to enhance private enforcement of consumer laws.

5. Conclusion

It follows from the analyses above that the ECJ is not in a position to take away all the drawbacks and difficulties that consumers encounter in the private enforcement of their consumer rights. The emphasis on the quality of information contributes to preventing violations of substantive consumer law but cannot rule them out. As a result it must be concluded that private enforcement still falls short. Private enforcement of consumer law continues to be associated with barriers such as the high costs of litigation, financial thresholds to litigate and the time-consuming nature of procedures, which are especially problematic in comparison to the typical low financial value of consumer rights violations.¹¹⁹

At this point the essential supplementary function of public enforcement and the role of the European legislator comes into play. The latter issued additional instruments to tackle barriers that permeated private enforcement of consumer law. The Injunctions Directive (superseded

¹¹⁹ See the second consumer action programme referred to above. It is, further, sufficiently well-known among legal scholars that consumers suffer from so-called ‘*rational apathy*’ when their rights are violated: the rational consumer will not act if the costs of litigation outweigh the benefits, for instance when harm is very small and the investment to enforce the law is costly (e.g., lawyer fees and costs of litigation). See on this point M.G. FAURE, F. WEBER, *The Diversity of the EU Approach to Law Enforcement - Towards a Coherent Model Inspired by a Law and Economics Approach*, in *German Law Journal (GLJ)*, 4, 2017, p. 823 at 854 and Fitness Check, *supra* fn. 66, p. 35: ‘Consumers are often reluctant to initiate lawsuits against unlawful practices, in particular if their individual loss is small in comparison to the costs of litigation. As a result, continued illegal practices — in the context of continuously developing mass marketing and mass consumption — cause significant aggregate loss to European consumers.’

by the Directive on representative actions) and the CPC Regulation are amongst the most prominent examples of those instruments.

The increasing intertwinement of private and public enforcement mechanisms calls for a new balanced approach through which a more effective enforcement of substantive consumer law could be realised. In this chapter we concluded that new initiatives taken could be centred around specific rules defining the precise interplay between private and public enforcement, new rules on the extension of the binding force of judgments with the aim of empowering consumers themselves to enforce their rights and new rules that further instrumentalize major market players in the enforcement of consumer laws in the platform economy.

ABSTRACT

European law is having an increasing impact on private enforcement of consumer law in the Member States. Firstly, the European principles of equivalence and effectiveness acted as levers for the CJEU to strengthen the obligation imposed on national courts to apply European consumer law of their own motion ('ex officio control'). The scope and content of this evolution in case law also impacts the functioning of public enforcement mechanisms. Secondly, the European threefold obligation that national sanctions have to be effective, proportionate and dissuasive has been further developed by the CJEU, especially in the field of consumer protection. These enforcement principles interplay and have a bearing on both private and public enforcement. Thirdly, the European legislator recently introduced new enforcement mechanisms for consumer law (e.g. Omnibus Directive, CPC-regulation, Directive on representative actions) which show a new emphasis on public enforcement especially in the context of the digitalisation of the market.

These developments in both European case law and legislation are creating new functions and obligations for national courts and authorities. They also redefine the existing interplay between private and public enforcement. It begs the question which balance ought to be struck between private and public enforcement in the Member States in view of the empowerment of consumers in the digital era? Our contribution will highlight the impact on private and public enforcement of the aforementioned evolutions in EU law and will provide recommendations on how both private and public enforcement in the field of consumer law could be strengthened in a balanced approach.

KEYWORDS: Consumer Law, Private Enforcement; Public Enforcement; Compensation; Deterrence; Interplay.

Noah Vardi

*Euro digitale e politiche di inclusione finanziaria:
questioni di design?*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il progetto del CBDC europeo: le ragioni di una scelta – 2. I rischi di esclusione finanziaria – 2.1. Le contromisure nel progetto per l'adozione dell'euro digitale – 3. Ulteriori profili rilevanti per l'inclusione finanziaria. Cenni conclusivi.

1. *Introduzione. Il progetto del CBDC europeo: le ragioni di una scelta*

La digitalizzazione dell'economia e della finanza nelle sue molteplici forme rappresenta un'importante opportunità per lo sviluppo di potenziali vantaggi per i consumatori, ma richiede anche una particolare attenzione normativa nell'ambito del più ampio fenomeno della cosiddetta finanziarizzazione dei cittadini-consumatori¹.

Tra questi processi di transizione digitale, si segnalano per l'evidente importanza i progetti per l'adozione delle valute digitali delle banche centrali (le *Central Bank Digital Currencies*, CBDC), attualmente discussi dalle *task force* delle banche centrali a livello globale con vari livelli di avanzamento e di sperimentazione².

Questi progetti sono spinti da diverse motivazioni, tra cui *inter alia*, la diminuzione dell'uso e della richiesta di contanti, la concorrenza delle valute digitali private, la disponibilità della tecnologia *distributed ledger* e il desiderio di utilizzarla a livello centralizzato, il supporto ai processi di digitalizzazione dell'economia europea³. Le nuove valute digitali delle

¹ Ben evidenzia il fenomeno e le sue ricadute G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen*, Hart Oxford-Portland Oregon, 2018.

² Per un quadro aggiornato si veda il *tracker* a cura dell'Atlantic Council: <https://www.atlanticcouncil.org/cbdctracker/>.

³ La letteratura in tema di CBDC è ormai vastissima; per una ricostruzione dei motivi e del contesto in cui si sono sviluppati i progetti sulle CBDC si vedano, *ex multis*, C. BARONTINI, H. HOLDEN, *Proceeding with Caution- A Survey on Central Bank Digital Currency*, in BIS Papers n.101, 2019; N. Bilotta, F. Botti (a cura di), *The (Near) Future of Central Bank*

banche centrali sono suscettibili di essere progettate di conseguenza, in modo da rispondere a queste diverse esigenze con altrettante diverse opzioni per quanto riguarda ad esempio gli utenti a cui sono destinate; le modalità di accesso (diretto o intermediato); l'architettura; la tecnologia utilizzata per il trasferimento (tramite conto o con uno strumento al portatore) e per i pagamenti (solo online o anche offline); la possibilità (o la limitazione) all'uso dell'euro digitale come strumento di investimento; il corso legale⁴.

Ancor prima di entrare nel merito dei progetti e delle scelte di "ingegneria" monetaria ad esse sottese, è interessante osservare come dal punto di vista politico e sociale l'opinione pubblica dell'area euro, su cui qui ci si concentra, si sia mostrata fin dall'avvio delle prime riflessioni in tema di CBDC piuttosto tiepida sul tema. In particolare, si sono da più parti evidenziate perplessità- tra le altre- per quanto concerne la tutela della privacy ed i rischi di esclusione finanziaria. L'atteggiamento tiepido è tanto più evidente, se confrontato con l'attenzione del pubblico- e l'onda di entusiasmi e discorsi appassionatamente favorevoli e contrari- che fin dall'origine hanno accompagnato la nascita e la diffusione delle criptovalute.

Non sarà peregrino notare come qui si contrappongano, come due facce della stessa medaglia (o meglio: della stessa moneta...), concezioni antitetiche del fenomeno monetario: la moneta senza Stato, anarchica, privata, de-nazionalizzata⁵ nel caso delle criptovalute; una valuta digitale

Digital Currencies. Risks and Opportunities for the Global Economy and Society, Peter Lang, Bern-Berlin-Bruxelles- New York-Oxford 2021; G. BOSI, *Taking CBDC Seriously*, in *Banca Impresa Società*, a.XXXIX, 2020, n.1, p. 67; M.K. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.- P. LANDAU, *The Digitalization of Money*, in NBER Working Paper Series n.26300; A.N. DIDENKO, R. P. BUCKLEY, *The Evolution of Currency: Cash to Cryptos to Sovereign Digital Currencies*, in *Fordham International Law Journal*, Vol.42, 2019, p.1041; E. GNAN, D. MASCIANDARO (a cura di), *Do We Need Central Bank Digital Currency? Economics, Technology and Institutions*, SUERF, Vienna 2018; S. GRÜNEWALD, C. ZELLWEGGER-GUTKNECHT, B. GEVA, *Digital Euro and ECB Powers*, in *Common Market Law Review*, Vol. 58, 2021, p. 1029; H. NABILLOU, *Central Bank Digital Currencies: Preliminary Legal Observations*, in *Journal of Banking Regulation*, 2019; Nabilou, Hossein, *Central Bank Digital Currencies: Preliminary Legal Observations* (February 6, 2019). *Journal of Banking Regulation* (2019), [<https://ssrn.com/abstract=3329993>]; D. A. ZETTSCHKE, R.P. BUCKLEY, D.W. ARNER, A.N. DIDENKO, L.V.ROMBURG, *Sovereign Digital Currencies: The Future of Money and Payments?*, in University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper n.2020/053.

⁴ Cfr. ECB, *Report on a digital euro*, Ottobre 2020 [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro-4d7268b458.it.pdf#page=27].

⁵ Non è casuale il fatto che le criptovalute siano state definite come "hayek money", in ossequio alle teorie espresse da Friedrich von Hayek nell'opera "The Denationalization of money" pubblicata nel 1976 e di cui i Bitcoin potrebbero essere considerati una attuazione

emessa e soprattutto garantita dalle banche centrali nel caso delle CBDC. Essendosi la riflessione sulle seconde avviata dopo (e anche a causa della) diffusione delle prime, è costante nei documenti di presentazione dell'euro digitale il riferimento alla sicurezza, ufficialità e natura garantita di questa moneta (in evidente contrapposizione al rischio ed alle incertezze notoriamente connessi alle criptovalute).

Naturalmente queste contrapposte concezioni ben si evidenziano nella lettura dell'ampia documentazione preparatoria che da alcuni anni accompagna il processo di studio e di configurazione delle CBDC. Vale la pena anche ricordare come proprio questo processo di studio abbia permesso, anche grazie ad ampie consultazioni pubbliche nel caso dell'euro digitale, di sottolineare il legame tra esigenze di politica monetaria, tutela del sistema bancario, concorrenza, protezione della cittadinanza, e le possibili scelte di configurazione (nei documenti: "design") della moneta digitale a disposizione dei legislatori⁶.

Si tratta invero di un fenomeno piuttosto inusuale nella riflessione su moneta e pagamenti, dal momento che le questioni principali richiamate nelle discussioni sulle valute ufficiali riguardano solitamente la politica monetaria, la fiducia del pubblico e l'efficienza dei pagamenti (basti pensare ancora una volta, sebbene in senso contrario, alle allerte di varia natura suscitate dalla diffusione delle criptovalute⁷).

pratica. Si veda ad esempio F. M. AMETRANO, *Hayek Money: the Cryptocurrency Price Stability Solution*, disponibile al link: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2425270).

⁶ Nello specifico, come indicato anche nella Proposta di Regolamento per l'istituzione dell'euro digitale, sono state prese in considerazione, anche in seguito al processo di consultazione con i vari portatori di interesse, diverse opzioni che permettano di "conseguire gli obiettivi strategici stabilendo nel contempo un equilibrio con i principali compromessi: i) consentire un ampio utilizzo garantendo nel contempo una concorrenza leale con le soluzioni di pagamento private, ii) tutelare la vita privata garantendo nel contempo la tracciabilità, iii) assicurare un ampio utilizzo tutelando nel contempo la stabilità finanziaria e l'offerta di credito e iv) sostenere l'uso internazionale attenuando nel contempo i rischi per i paesi non appartenenti alla zona euro e per l'Eurosistema." Cfr. Proposta di Regolamento per l'istituzione dell'euro digitale, COM(2023) 369 final, del 28.6.2023, p.9.

⁷ Tra i documenti più risalenti, si vedano già European Central Bank, *Virtual Currency Schemes*, Ottobre 2012; European Banking Authority (EBA), *Warning to consumers on virtual currencies*, 12 Dicembre 2013 [EBA/WRG/2013/01]; EBA, *Opinion on Virtual Currencies*, 4 luglio 2014 [EBA/Op/2014/08]; Financial Action Task Force (FATF) *Report, Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, FATF/OECD, Giugno 2014; European Securities and Markets Authority (ESMA), European Banking Authority (EBA), European Insurance and Occupation Pensions Authority (EIOPA), *Warning to consumers on the risks of Virtual Currencies*, 12 febbraio 2018.

Nel caso delle CBDC vengono prese in considerazione ulteriori esigenze “sociali” e “culturali”, che riguardano, tra l’altro, l’esclusione finanziaria, la privacy ed il rischio di una potenziale riduzione del credito disponibile. È in particolare con riferimento alla questione dell’esclusione finanziaria che si tenterà di svolgere qualche considerazione ulteriore.

2. I rischi di esclusione finanziaria

Innanzitutto, occorre chiarire- per quanto tutt’altro che univoca- la portata della nozione di “esclusione finanziaria”. Solitamente definita in positivo, nei termini di “inclusione” finanziaria, la nozione non trova un unico significato, dal momento che spesso (come avviene per esempio per la Banca mondiale), il concetto di inclusione finanziaria comprende anche l’accesso al credito e la finanza sostenibile⁸. Altri Autori hanno cercato di fornire una tassonomia pragmatica che possa servire per l’attuazione degli scopi regolatori invocati da diverse istituzioni nazionali e sovranazionali⁹. In questa prospettiva funzionale si è definita l’inclusione finanziaria come il possesso di conti di deposito e l’accesso ai servizi di pagamento su base ampia; accesso al credito significa accesso a finanziamenti a condizioni ragionevoli, soprattutto per le categorie demografiche di potenziali imprenditori poco servite; mentre la finanza sostenibile descrive un sistema che fornisce in modo continuativo inclusione finanziaria e accesso al credito¹⁰.

L’adozione di una moneta digitale ufficiale accanto al denaro contante (e non in sua sostituzione, come chiarito ripetutamente nei progetti

⁸ Secondo la Banca mondiale l’inclusione finanziaria significa che individui ed imprese hanno accesso a prodotti finanziari e servizi utili e convenienti che soddisfano le loro esigenze- operazioni, pagamenti, risparmi, credito e assicurazioni- forniti in modo responsabile e sostenibile. Cfr.[<https://www.worldbank.org/en/topic/financialinclusion/overview>].

⁹ Cfr. S.L. SCHWARCZ, T.L. LEONHARDT, *Scoping and Defining Financial Inclusion, Access to Credit, and Sustainable Finance*, in *Law and Contemporary Problems*, 84, n.1, 2021, p. 2, i quali fanno l’esempio di come la nozione rientri tra i più ampi Obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite in linea con i principi del UN Global Compact su diritti umani, lavoro, ambiente ed anti-corruzione [<https://unglobalcompact.org/library/5721#>].

¹⁰ Cfr. SCHWARCZ, LEONHARDT, *Scoping and Defining Financial Inclusion, Access to Credit, and Sustainable Finance*, cit., p. 4, i quali riconoscono che queste definizioni corrispondono a quelle adottate dalla Independent Commission on Banking del Regno Unito, nel Final Report Recommendations 270, 2011, (cd. Vickers Report) sul tema delle “ampie funzioni” di facilitazione dei pagamenti, intermediazione di fondi, e gestione dei rischi finanziari.

legislativi e nei lavori preparatori della BCE, anche per evitare che si creino fenomeni di esclusione finanziaria), può comportare rischi specifici per alcune categorie vulnerabili di utenti (i consumatori finanziariamente vulnerabili).

Come già per altri parametri generali individuati intorno alla figura del consumatore, la nozione di consumatore vulnerabile è soggetta a plurime e non sempre concordanti interpretazioni¹¹. Ne è stata anzi sottolineata la natura di “condizione non statica”, sia perché a seconda dei contesti i consumatori potrebbero trovarsi o meno in una condizione di vulnerabilità, sia perché questa stessa condizione potrebbe essere transitoria; per questo si è evidenziato ad esempio che il concetto di vulnerabilità corrisponderebbe più ad uno spettro, che a uno *status* binario¹².

La nozione di vulnerabilità implica generalmente una valutazione *ex ante*, utilizzata ad esempio dal legislatore, circa la probabilità che si possano materializzare conseguenze negative per il benessere del consumatore; vulnerabilità che in maniera schematica si farebbe dipendere o da alcune caratteristiche personali del consumatore, oppure dal contesto cosiddetto “transazionale” in cui il consumatore si trova¹³.

Se la nozione di consumatore vulnerabile si presta pertanto a molteplici interpretazioni e contestualizzazioni, con riferimento al tema che qui interessa si deve rilevare che vengono in considerazione due profili, già individuati dalla dottrina: quello della vulnerabilità “digitale” e quello della vulnerabilità “finanziaria”, che trovano spesso origine nei medesimi fattori (quali il genere, l’età, il livello di istruzione, il livello di reddito, la posizione geografica...) ¹⁴.

¹¹ Esemplifica il caso M. RABITTI, *Il consumatore vulnerabile e la fragilità del diritto. Brevi considerazioni*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, 2023, p. 2, la quale, nel sottolineare come tali nozioni mirano a introdurre generalizzazioni e modelli che possano servire, in un’ottica di efficienza, da parametro di riferimento per l’applicazione del diritto privato europeo, sottolinea la ormai insufficienza della simile nozione di “consumatore medio”.

¹² Si veda la Comunicazione della Commissione Europa del 2016, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union Final Report*, pp. xvii-xviii; e pp. 41 e ss.

¹³ Commissione Europea, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union*, cit. p.xvii. Lo stesso studio evidenzia come dalla letteratura sul tema emerga che le dimensioni della vulnerabilità dei soggetti possono dipendere dai seguenti fattori: 1) un elevato rischio di esiti o impatti negativi sul benessere; 2) la presenza di caratteristiche tali da limitare l’abilità di massimizzare il benessere; 3) difficoltà nell’ottenere o assimilare informazioni; 4) inabilità o insuccesso nell’acquistare, scegliere o accedere a prodotti adatti; 4) una maggiore suscettibilità nei confronti delle pratiche di *marketing*. (ID, p.41-42 e letteratura ivi citata.).

¹⁴ Sulla nozione di consumatore finanziario vulnerabile, di cui sviluppa una tassonomia, si veda P. CARTWRIGHT, *Understanding and Protecting Vulnerable Financial Consumers*,

È per ovviare dunque ai possibili impatti negativi derivanti dalla digitalizzazione dei servizi finanziari e dalla possibilità di farne uso, che i progetti sull'euro digitale prevedono alcune misure apposite. I soggetti considerati a rischio in questo contesto sono i soggetti finanziariamente fragili (coloro che vivono in condizione di povertà, senza fissa dimora, gli immigrati); le persone più esposte al cd. *digital divide* (per ragioni geografiche, di infrastruttura di rete, di accesso a dispositivi informatici); le persone anziane; le persone con disabilità o con problemi di salute; le persone con limitate competenze digitali; coloro che sono privi di un conto bancario (i cd. “*unbanked*”)¹⁵.

Questi ultimi soggetti sono esclusi sia dal sistema creditizio che dal sistema di pagamento senza contanti, al punto che si è evidenziata

in *Journal of Consumer Policy*, 38, 2015, p.119 e pp.121 ss., il quale, partendo dalla distinzione tra consumatore “vulnerabile” e consumatore “svantaggiato” (condizione, quest’ultima, tendenzialmente stabile) identifica cinque forme di vulnerabilità che dipendono dall’operatività dei mercati secondo le teorie dell’economia classica, e nello specifico: a) una vulnerabilità dovuta all’asimmetria informativa; b) una vulnerabilità dovuta a una maggiore suscettibilità alle pressioni; c) una vulnerabilità dovuta all’offerta (limitata) sul mercato; d) una vulnerabilità dovuta alla disponibilità di strumenti rimediali in caso di inadempimento contrattuale; e) una vulnerabilità dovuta al maggior impatto in caso di perdita o danno (i.e. in cui il principale fattore determinante è la povertà).

¹⁵ Sulla relazione tra vulnerabilità finanziaria e vulnerabilità digitale, dovuta, *inter alia*, all’impatto che la rivoluzione digitale (e nello specifico lo sfruttamento dei dati e l’uso dell’intelligenza artificiale) ha sui consumatori, si vedano N. HELBERGER, O. LYNKEY, H.-W. MICKLITZ, P. ROTT, M. SAX, J. STRYCHARZ, *EU Consumer Protection 2.0. Structural asymmetries in digital consumer markets*, BEUC, Amsterdam 2021; S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data’s Disparate Impact*, in *California Law Review*, Vol. 104, 2016, p. 671; M.C. PAGLIETTI, M. RABITTI, *A Matter of Time. Digital-Financial Consumers’ Vulnerability in the Retail Payments Market*, in *European Business Law Review*, vol.33, 2022, p. 581; C. RIEFA, *Protecting Vulnerable Consumers in the Digital Single Market*, in *European Business Law Review*, vol. 33, 2022, p. 607. Sui problemi legati all’età, si veda C.M. CASCIONE, *Il lato grigio del diritto. Invecchiamento della popolazione e tutela degli anziani in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Torino 2022, pp.58 e ss.

¹⁵ Negli Stati Uniti, stando al rapporto del 2021 della FDIC (aggiornato al 2023), circa il 4,5% delle famiglie statunitensi risulta “unbanked”, ossia nessuno nella famiglia aveva un conto di corrente o un libretto di risparmio presso una banca o una cooperativa di credito. Cfr. Federal Deposit Insurance Corporation, *National Survey of Unbanked and Underbanked Households* [https://www.fdic.gov/analysis/household-survey/2021report.pdf].

⁵ Secondo il rapporto *Global Findex Database* del 2021 della Banca mondiale, per l’area europea il dato di media è di circa il 3,6% della popolazione *unbanked*, con percentuali molto diversificate tra i singoli Stati: dalla Romania con il 30,88% della popolazione *unbanked* e la Bulgaria con il 16,03% a paesi come Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Estonia, Germania, Francia, Irlanda, Paesi Bassi, Slovenia e Svezia che si attestano sotto l’1%. In Italia la percentuale di *unbanked* è pari al 2,71%. Cfr. Banca Mondiale, *Global Findex Database 2021*, [https://www.worldbank.org/en/publication/globalindex/Report].

l'esistenza di una "esclusione monetaria", che si pone a cavallo tra i due distinti fenomeni di esclusione finanziaria: da un lato l'accesso ai servizi finanziari, ossia l'accesso al credito, e dall'altro l'accesso ai pagamenti (ossia l'impossibilità di estinguere debiti pecuniari utilizzando strumenti di pagamento diversi dal contante)¹⁶. Il fenomeno dell'"esclusione monetaria" così definita deriverebbe da una società sempre più priva di contanti, ed è il risultato di un progressivo spostamento normativo dal sistema di pagamento statale dominato dal contante, in cui l'accesso a un mezzo di pagamento è universale, verso un regime monetario privato¹⁷.

I soggetti più esposti ai rischi di una esclusione monetaria, derivante da un sistema completamente *cashless*, spesso rientrano contemporaneamente in più di una categoria di persone "vulnerabili" tra quelle poc' anzi evidenziate; è chiaro dunque come le politiche di inclusione finanziaria, ampiamente intesa, si accompagnino per esempio a quelle atte a promuovere il processo di digitalizzazione della cittadinanza (sia in termini di accesso ai servizi digitali sia in termini di istruzione e formazione sul loro funzionamento). Non è dunque secondario osservare come nell'attuale progetto di euro digitale si sia rimarcato che il contante in forma di monete e banconote continuerebbe ad esistere con corso legale e non verrebbe sostituito dalla forma digitale di cui si progetta l'attuazione: l'euro digitale non trasformerebbe l'area euro in un sistema *cashless*.

Ferma restando quindi la presa di posizione della BCE rispetto al mantenimento di un euro in forma di contante cui si affiancherebbe la forma digitale, si possono esaminare in maggior dettaglio le politiche messe in atto in questa fase di progettazione per arginare il rischio che l'adozione dell'euro digitale possa accentuare fenomeni già esistenti di esclusione o vulnerabilità finanziaria.

¹⁶ Si veda F. LUPO-PASINI, *Financial Inclusion and the "War for Cash"*, in *Law and Contemporary Problems*, 84, n.1, 2021,17, p. 20

¹⁷ F. LUPO-PASINI, *Cashless Societies & Monetary Exclusion*, in *Review of Banking & Financial Law*, 40, 2020-2021, 155, a p. 166. L'autore ripercorre la traiettoria iniziata da molti prestatori di servizi di pagamento privati (i.e. M-Pesa in Africa, AliPay in Cina e PayTM in India) e poi abbracciata come *policy* da importanti attori istituzionali (la Banca Mondiale) e da governi nazionali, di una graduale riduzione dell'uso del contante e di promozione di mezzi di pagamento digitali come forma di inclusione finanziaria; con lo scopo di creare una infrastruttura finanziaria e di pagamento che possa mettere direttamente in comunicazione utilizzatori e commercianti, ovviando ai limiti dei sistemi bancari e di pagamento tradizionali, si è abbracciata quella che, a partire dal noto volume di Kenneth Rogoff, *The Curse of Cash* (Princeton University Press, 2017) è diventata una "War on Cash" (giustificata anche in nome delle note esigenze di anti-riciclaggio e lotta all'evasione fiscale). Si veda F. LUPO PASINI, *Financial Inclusion and the "War for Cash"*, cit., pp.17-18.

2.1. *Le contromisure nel progetto per l'adozione dell'euro digitale*

L'analisi delle misure per contrastare i rischi di esclusione finanziaria potenzialmente derivanti dall'adozione della CBDC europea trova un'utile punto di partenza nelle (ormai diverse) relazioni redatte dalle *task force* della BCE che accompagnano il processo di sperimentazione dell'euro digitale e nella recente Proposta di Regolamento sull'istituzione dell'euro digitale del Parlamento europeo e del Consiglio.

Nel rapporto finale sulla *investigation phase* pubblicato dalla BCE nell'ottobre 2023¹⁸ la questione viene affrontata con una serie di indicazioni specifiche dedicate al problema “a supporto della inclusione finanziaria e digitale”. In particolare, preso atto che l'euro digitale pur non avendo la forma delle banconote e delle monete in euro, beneficerebbe delle più importanti caratteristiche del contante quale bene pubblico, tra cui il fatto di essere “inclusivo”, il progetto prevede una forma base di servizio accessibile per tutti coloro che non possono permettersi una carta di pagamento o un conto bancario o non possono effettuare pagamenti online.

Il modello per attuare un servizio di base è quello già previsto dalla Direttiva sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base (cd. Direttiva PAD)¹⁹. La scelta non sorprende, laddove si consideri che la

¹⁸ ECB, *A stocktake on the digital euro. Summary report on the investigation phase and outlook on the next phase*, 18 October 2023 [https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro/investigation/profuse/shared/files/dedocs/ecb.dedocs231018.en.pdf]

¹⁹ Direttiva (UE) 2014/92 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base, in GU L 257/214 del 28.8.2014 (nota come Direttiva PAD- *Payment Accounts Directive*). I servizi di “base” contemplati dalla Direttiva sono il deposito di fondi; il prelievo di contante; le operazioni di addebito diretto, di pagamento mediante carta di pagamento, compresi pagamenti online, e le operazioni di bonifico (Art. 17 Direttiva 2014/92). L'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base deve essere garantito “[a] i consumatori soggiornanti legalmente nell'Unione, compresi i consumatori senza fissa dimora, i richiedenti asilo e i consumatori a cui non è rilasciato il permesso di soggiorno ma che non possono essere espulsi per motivi di fatto o di diritto [...]” (Art. 16 Direttiva 2014/92). Quanto ai costi legati a questi servizi, devono essere offerti dagli enti creditizi “a titolo gratuito o per una spesa ragionevole”; spesa ragionevole che gli Stati membri assicurano siano determinate tenendo conto “almeno dei seguenti criteri: a) i livelli di reddito nazionali; b) le spese medie addebitate dagli enti creditizi nello Stato membro interessato per i servizi forniti sui conti di pagamento” (Art.18 Direttiva 2014/92). Nell'ordinamento italiano, ad esempio, l'art.126-*noviesdecies* e ss. del TUB, inserito dal d.lgs. n.37/2017 che ha dato attuazione alla Direttiva PAD, ha stabilito il diritto al conto di base, mentre la determinazione delle spese è demandata dai successivi artt.

Direttiva PAD fu adottata, constatata l'inefficacia di misure di *soft law*, con lo scopo di promuovere l'accesso ai servizi di pagamento tenendo conto delle esigenze dei consumatori più vulnerabili (scopo giustificato, naturalmente, anche in termini di una più ampia promozione del corretto funzionamento del mercato interno, oltre che dello sviluppo "di un'economia moderna e socialmente inclusiva")²⁰; e, laddove si consideri che l'accesso ai servizi di pagamento passa quasi esclusivamente dall'accesso ad un conto di pagamento detenuto presso un intermediario²¹.

Dal punto di vista degli incentivi ai prestatori di servizi di pagamento affinché assicurino la distribuzione di una forma accessibile di euro digitale anche per i soggetti più vulnerabili, il Rapporto della BCE auspica l'introduzione di un modello di compensazione per l'euro digitale che tenga conto di quattro principi fondamentali: a) l'uso gratuito dei servizi di base (i.e. accesso all'euro digitale e alla possibilità di pagare, essere pagati e detenere euro digitale) da parti di tutti i soggetti privati; b) effetti di rete in grado di generare incentivi economici per i prestatori di servizi di pagamento e gli esercenti; c) incentivi economici comparabili per i prestatori di servizio di pagamento che distribuiscono euro digitale ai privati; d) costi di emissione e degli schemi di regolamento per l'euro digitale che rimangono a carico dell'Eurosistema, come già avviene per l'euro contante²².

Questi principi sono supportati dalle proposte legislative per l'euro digitale, che infatti prevedono il corso legale per l'euro digitale²³; la definizione dei servizi di base che devono essere forniti gratuitamente per le persone fisiche dai prestatori di servizi di pagamento²⁴ e la previsione di

126-*vicies semel*, 126-*vicies bis* e 126-*vicies quater* TUB ad apposito decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

²⁰ Cfr. Direttiva 2014/92, Considerando n.3.

²¹ Sulla ricostruzione dei passaggi che precedettero l'adozione della Direttiva PAD e sulle opzioni prese in considerazione per dare attuazione ad una misura dagli intenti di inclusione finanziaria e sociale ma avente anche potenziali rischi distorsivi in termini di ricaduta dei costi e di disparità nelle percentuali di cittadini "unbanked" nei vari Stati Membri alla vigilia della sua adozione, si veda G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen*, cit., pp. 88 e ss.. Sui profili di attuazione della Direttiva PAD, si veda E. GRASSO, *L'attuazione della Payment Accounts Directive in Italia, Francia e Belgio. Obiettivi raggiunti e occasioni perse in prospettiva comparata*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, 3, 2019, p. 407; S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 6, 2017, p. 787.

²² ECB, *A stocktake on the digital euro. Summary report on the investigation phase*, cit. pp.30-31.

²³ Articolo 7 Proposta di Regolamento sull'euro digitale.

²⁴ Articolo 14 Proposta di Regolamento sull'euro digitale.

tetti massimi sulle commissioni sui servizi di pagamento di base in euro digitale²⁵; e le caratteristiche tecniche che l'euro digitale dovrebbe avere per facilitarne l'uso da parte del pubblico, comprese le persone emarginate dal punto di vista finanziario o a rischio emarginazione finanziaria, le persone con disabilità, limitazioni funzionali o competenze digitali limitate e le persone anziane²⁶.

La previsione di una distribuzione di servizi di pagamento di base in euro digitale, imposta agli enti creditizi che gestiscono un conto di pagamento, anche per le persone fisiche che non dispongono di un conto di pagamento in euro digitale o che non intendono aprire un conto di pagamento digitale presso un ente creditizio, passa innanzitutto attraverso la designazione di enti specifici (i.e. enti locali o regionali o uffici postali) tenuti a prestare tali servizi di pagamento di base. A differenza di quanto stabilito nella Direttiva PAD tuttavia, tali servizi dovrebbero essere prestati in maniera gratuita (laddove l'art.18 PAD prevede la prestazione "a titolo gratuito o per un spesa ragionevole")²⁷. I prestatori di servizi individuati ai sensi di questa previsione dovrebbero inoltre fornire "sostegno all'inclusione digitale alle persone con disabilità, limitazioni funzionali o competenze digitali limitate e le persone anziane", compresa "un'assistenza specifica per l'*on-boarding* a un conto in euro digitale e per l'utilizzo di tutti i servizi di base in euro digitale"²⁸.

Ancor più nello specifico, tra i provvedimenti mirati in tema di accessibilità e inclusione finanziaria nel Report della BCE si prevede una carta di pagamento per l'euro digitale disponibile per coloro che sono a rischio di esclusione finanziaria digitale e preferiscono una carta fisica ad un'applicazione digitale (una carta ricaricabile anche senza l'utilizzo necessario di uno *smartphone* o altro *device*). Si auspica che l'*onboarding* (ossia le attività che permettono all'utilizzatore di accedere ai servizi per pagare, essere pagati, e detenere euro digitale) sia possibile sia in remoto che in persona, così come la possibilità di cambiare facilmente il proprio

²⁵ Articolo 17 Proposta di Regolamento sull'euro digitale, in cui si stabilisce che le commissioni di servizio a carico dell'esercente o la commissione tra prestatori di servizi di pagamento, nel rispetto del principio di proporzionalità, sono regolamentate per garantire che non superino il più basso tra gli importi seguenti: a) i costi pertinenti sostenuti dai prestatori di servizi di pagamento per la fornitura di pagamenti in euro digitale, compreso un equo margine di profitto, e b) le commissioni o le spese richieste per mezzi di pagamento comparabili. A tal fine la BCE dovrebbe monitorare regolarmente i costi, le commissioni e le spese pertinenti e pubblicare e rivedere periodicamente tali importi.

²⁶ Articoli 22-24 Proposta di Regolamento sull'euro digitale.

²⁷ Articolo 14 (2)(3) e Articolo 17(1) Proposta di Regolamento sull'euro digitale.

²⁸ Articolo 14 Proposta di Regolamento sull'euro digitale.

prestatore di servizi di pagamento (PSP)²⁹. La funzionalità offline dell'euro digitale assume inoltre un ruolo rilevante per rendere l'euro digitale inclusivo: si pensi alle aree poco servite dalla copertura di rete e alle persone prive di dispositivi *smart* o poco avvezze al loro utilizzo.

La Proposta di Regolamento per l'euro digitale infatti, tra le caratteristiche "tecniche" progettate (anche) a scopi inclusivi, prevede, oltre ad una facilità d'uso da parte del pubblico, comprese le categorie di soggetti a maggior rischio di emarginazione finanziario, la disponibilità per le operazioni di pagamento sia offline che online³⁰ e dovrebbe consentire operazioni di pagamento condizionate (mentre non dovrebbe essere una moneta programmabile con limiti di utilizzo)³¹. Non è inoltre richiesto agli utenti di detenere o aprire conti di pagamento in euro non digitale, o accettare altri prodotti in euro non digitale, nei loro rapporti con i prestatori di servizi di pagamento per la prestazione di servizi in euro digitale (fermo restando che ciascun conto di pagamento in euro digitale può essere collegato a uno o più conti di pagamento in euro non digitale designati dall'utente dell'euro digitale)³².

Infine, si auspica l'introduzione di una *app* dell'Eurosistema (applicazione che permette agli utilizzatori di interagire con i propri prestatori di servizi di pagamento) che assicuri l'accessibilità delle funzionalità di base per l'uso dell'euro digitale, tradotta in tutte le lingue ufficiali dell'Ue e conforme alla Direttiva europea sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi³³.

Come si può evincere anche da un sommario resoconto delle misure auspicate e per ora in fase di proposta, si tratta di provvedimenti che mirano da un lato a promuovere l'accesso all'utilizzo dell'euro digitale attraverso un intervento regolatorio di tipo sostanziale: tali sono infatti i provvedimenti adottati sul modello della PAD per assicurare un accesso all'euro digitale con funzionalità di base in modalità gratuita (con onere a carico di enti a ciò specificatamente individuati, ferme restando le opportune valutazioni sui

²⁹ ECB, *A stocktake on the digital euro. Summary report on the investigation phase*, cit., p.34

³⁰ Articolo 23 Proposta di Regolamento per l'istituzione dell'euro digitale, che stabilisce inoltre che l'euro digitale detenuto online o offline è convertibile alla pari tra queste due forme di moneta, su richiesta degli utenti dell'euro digitale, e che prima di disporre un'operazione di pagamento nell'ambito di un pagamento di prossimità, al beneficiario è comunicato se l'operazione avverrà offline o online.

³¹ Articolo 24 Proposta di Regolamento sull'euro digitale.

³² Articolo 22 Proposta di Regolamento sull'euro digitale.

³³ Direttiva (UE) 2019/882 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi in GU L 151/70 del 7.6.2019. Cfr. ECB, *A stocktake on the digital euro. Summary report on the investigation phase*, cit. p.29.

rischi distortivi legate alla distribuzione dei costi, già evidenziate ai tempi della Direttiva PAD), così come un utilizzo anche svincolato dall'accesso alla rete (la citata modalità offline). Dall'altro lato, dal punto di vista delle caratteristiche tecniche, (o di "design", per riprendere il termine utilizzato dalle stesse *task force*) lo sforzo è diretto verso una semplicità di utilizzo, con una scelta di ingegneria legislativa che non può che essere accolta con favore in quanto beneficia l'intera platea di utilizzatori, a prescindere da un maggiore o minore suscettibilità di subire impatti negativi dal processo di digitalizzazione³⁴.

Merita inoltre di essere segnalata, tra le possibili ricadute di tipo inclusivo legate all'euro digitale, sebbene non espressamente disciplinate nella Proposta di Regolamento, una sua funzione di maggiore efficienza e riduzione dei costi in materia di trasferimento di fondi transfrontalieri, in particolare per quanto riguarda le rimesse dei lavoratori transfrontalieri³⁵. Si è evidenziato infatti che l'agevolazione delle rimesse transfrontaliere in termini di costi e tempi per i lavoratori dell'eurozona risponde ad un obiettivo economico e sociale importante, in cui un ruolo attivo della Banca Centrale troverebbe giustificazione anche in termini di politiche inclusive. Per attuare concretamente una politica di questo tipo sarebbe richiesta l'interoperabilità tra l'euro digitale e le CBDC dei paesi terzi verso cui le rimesse vengono inviate, ed in ogni caso accordi bilaterali di cooperazione; lo scopo potrebbe inoltre essere perseguito attraverso forme di sovvenzionamento agli intermediari privati o prestatori di servizi di pagamento che assicurano questo servizio³⁶.

³⁴ Vale la pena ricordare come influenti studi sulla vulnerabilità teorizzano uno stato innato e permanente di vulnerabilità che caratterizza tutti gli individui, a tutela dei quali dovrebbero intervenire lo Stato e le istituzioni pubbliche. Cfr. M. ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *Yale Journal of Law & Feminism*, vol.20, 2008, p. 1.

³⁵ Questo potenziale è stato evidenziato da I. ANGELONI, *Digital Euro: When in doubt, abstain*, in *Depth Analysis Requested by the ECON committee- European Parliament*, 2023, [[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2023/741507/IPOL_IDA\(2023\)741507_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2023/741507/IPOL_IDA(2023)741507_EN.pdf)] il quale riporta dati Eurostat secondo cui oltre il 5% dei lavoratori nell'Unione europea sono cittadini non-UE.

³⁶ ID, a p.19. L'Autore ipotizza anche una apposita versione dell'euro digitale "dedicata" per i lavoratori immigrati.

3. Ulteriori profili rilevanti per l'inclusione finanziaria. Cenni conclusivi

Quanto sin qui esaminato rientra nelle politiche espressamente identificate nei progetti e nelle proposte sull'euro digitale come politiche di contrasto all'esclusione finanziaria e come tali affrontate negli appositi titoli a ciò dedicati. Si tratta delle questioni aventi *prima facie* possibili effetti negativi sui segmenti più vulnerabili o fragili della cittadinanza, ma evidentemente non esaurisce la fattispecie. Tra le diverse ulteriori questioni su cui si è posta l'attenzione, vi sono quelle della tutela della privacy e quella dei possibili effetti di contrazione del credito.

Entrambi i temi pongono quesiti rilevanti ben oltre il profilo legato all'inclusione finanziaria; la loro analisi richiederebbe una trattazione che esula dalle poche riflessioni qui proposte. Ci si limiterà pertanto a segnalarne la rilevanza per la sola prospettiva sin qui affrontata, ossia quella del potenziale impatto in termini di marginalizzazione degli utilizzatori più vulnerabili.

Va rilevato in primo luogo un dato costante che emerge dalle consultazioni e dai rapporti della BCE: per l'opinione pubblica, la privacy costituisce una delle principali preoccupazioni in tema di euro digitale³⁷. I timori derivano principalmente all'uso che dei dati personali raccolti nelle operazioni legate all'attivazione e soprattutto al successivo utilizzo dell'euro digitale potrebbe essere fatto sia da parte delle autorità pubbliche (le banche centrali), sia da parte degli intermediari privati. La questione è affrontata direttamente dal legislatore nella Proposta di Regolamento sull'euro digitale³⁸, in cui vengono definiti i compiti per i quali la BCE e le banche centrali nazionali possono trattare dati personali, tra cui il regolamento delle operazioni di pagamento in euro digitale, e si stabilisce che il trattamento dei dati personali dovrebbe basarsi sull'uso di misure di sicurezza e di

³⁷ Lo testimoniano, i vari documenti di lavoro emessi dalla BCE ed i risultati della fase di consultazione pubblica sull'euro digitale [https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Eurosystem_report_on_the_public_consultation_on_a_digital_euro-539fa8cd8d.en.pdf] ; profili di attenzione che emergono anche nella valutazione d'impatto sulla Proposta di Regolamento per l'istituzione dell'euro digitale.

³⁸ La Proposta di Regolamento sull'istituzione dell'euro digitale dedica il Capo VIII (Articoli 34-36) alla "vita privata e protezione dei dati". Si veda, in chiave scettica, V. ZENO-ZENCOVICH, *Digital Euro as a platform and its private law implications*, in A. Palmieri, G. Versaci (a cura di), *European Legal Strategies for payment systems in the Open Banking Age*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2023, pp. 208-209, il quale nel sottolineare che anche l'euro digitale, come gli altri strumenti di pagamento elettronico, è per sua natura uno strumento tracciabile, evidenzia come tali previsioni siano dettate dal tentativo di rassicurare l'opinione pubblica circa una (asserita) equivalenza tra euro contante ed euro digitale.

tutela della vita privata all'avanguardia, quali la pseudonimizzazione o la cifratura, per garantire che la BCE e le banche centrali nazionali non possano attribuire direttamente i dati a un utente dell'euro digitale identificato³⁹. La protezione dei dati personali rileva naturalmente anche in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, nel cui ambito è previsto un quadro per le operazioni di pagamento in euro digitale effettuate offline, che avranno un livello di tutela della vita privata più elevato rispetto ai pagamenti online (teoricamente avvicinando così le prime, quando di prossimità e di bassa entità, alle caratteristiche del pagamento in contante)⁴⁰.

Più in generale e cionondimeno, nella prospettiva che qui interessa sui possibili effetti di esclusione finanziaria, si segnala come i dati utilizzati per i pagamenti, in particolare sulle piattaforme digitali, costituiscono, dal punto di vista della varietà degli utenti e delle attività compiute, formidabili aggregati sul comportamento economico degli utenti/consumatori⁴¹.

³⁹ Viene inoltre conferito alla Commissione il potere di adottare atti delegati riguardo alle categorie di dati personali trattati dai prestatori servizi di pagamento, dalla BCE, dalle banche centrali nazionali e dai prestatori di servizi di supporto (Articoli 34 e 35, Proposta di Regolamento sull'istituzione dell'euro digitale).

⁴⁰ Per i pagamenti in euro digitale effettuati offline, la Banca centrale europea, le banche centrali nazionali e i prestatori di servizi di pagamento non avranno accesso ai dati personali relativi alle operazioni. I prestatori di servizi di pagamento accederanno solo ai dati relativi al conferimento e al prelievo di fondi concernenti, tra l'altro, l'identità dell'utente e l'importo conferito e prelevato, analogamente ai dati personali trattati dai prestatori di servizi finanziari quando gli utenti depositano o prelevano contante. I prestatori di servizi di pagamento dovrebbero trasmettere tali dati relativi al conferimento e al prelievo di fondi, su richiesta, alle unità di informazione finanziaria e ad altre autorità competenti qualora gli utenti siano sospettati di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Viene conferito alla Commissione il potere di adottare atti di esecuzione per fissare limiti di detenzione e di transazione (Cfr. Articolo 37 della Proposta di Regolamento sull'istituzione dell'euro digitale).

⁴¹ Come rileva lo stesso European Data Protection Supervisor in tema di rischi legati ai CBDC, "Wrong design choices might worsen data protection issues in digital payments: payment data already reveals very sensitive aspects of a person. Wrong design choices in the underlying technological infrastructure might exacerbate the privacy and data protection issues that already exists in the digital payment landscape. For example, transactional data could be unlawfully used for credit evaluation and cross-selling initiatives."

¹³EDPS evidenzia inoltre a) i rischi legati alla concentrazione di dati sui pagamenti di tutti i cittadini presso le banche dati delle banche centrali: concentrazione che potrebbe creare incentivi per attacchi informatici ed un alto rischio sistemico di sorveglianza individuale o generalizzata in caso di violazione di dati personali; e b) i rischi derivanti dalla mancanza di sicurezza dell'infrastruttura della CBDC, che si potrebbe tradurre in una grave perdita di fiducia da parte degli utilizzatori. [https://www.edps.europa.eu/press-publications/publications/techsonar/central-bank-digital-currency_en].

Questi dati, come ampiamente noto, sono oggi alla base dalle tecniche di *credit scoring* algoritmico e di *big data credit scoring*, che vengono impiegate per valutare il merito creditizio dei richiedenti un prestito⁴². Da qui l'importanza strategica delle politiche di protezione dei dati personali degli utenti dell'euro digitale anche come condizione di accesso al credito per le categorie maggiormente esposte a rischi di discriminazione (sebbene sia stato anche segnalato che l'utilizzo di dati anche non finanziari nell'*algorithmic credit scoring* potrebbe favorire i soggetti con cd. "*thin credit history*" o "invisibili al credito", a cui una insufficiente storia creditizia potrebbe altrimenti pregiudicare la concessione dei prestiti⁴³).

Tale ultimo profilo è strettamente legato al secondo ordine di questioni poc'anzi evidenziato, ovvero il timore che l'introduzione dell'euro digitale possa provocare una stretta sul credito. La preoccupazione deriva dalla possibile concorrenza delle Banche centrali agli intermediari finanziari sui fondi di deposito, nel caso in cui l'euro digitale diventasse attrattivo dal punto di vista remunerativo; ne deriverebbe una migrazione dei depositi verso le Banche centrali, che prosciugando i depositi degli intermediari privati, ridurrebbe la disponibilità presso questi ultimi di fondi da destinare ai prestiti per famiglie ed imprese⁴⁴. Al di là delle misure ipotizzate per ridurre questo rischio (tra cui si segnala, principalmente, un tetto dell'ammontare *pro-capite* dei depositi in euro digitale ed una possibile differenziazione dei tassi di remunerazione in modo da disincentivare depositi cospicui, il cd. "*tiering*"⁴⁵), è evidente come una possibile contrazione del credito rappresenterebbe il tipico caso di *disparate impact* nei confronti delle categorie finanziariamente (già) più vulnerabili.

Questi brevi cenni evidenziano alcuni esempi dei problemi sociali di cui il progetto dell'euro digitale, ma anche delle altre CBDC a livello globale, devono tenere conto in questa fase di "disegno". È un fenomeno interessante da osservare nella prospettiva della comparazione giuridica anche per un'ulteriore e ultima ragione: le *task force* nazionali stanno lavorando in maniera più o meno simultanea. Se si osservano le agende e le diverse priorità nella progettazione delle CBDC (i.e. promozione dell'inclusione finanziaria, maggiore competitività, la conquista del primato

⁴² Sia consentito il rinvio a N. VARDI, *Creditworthiness and Responsible Credit. A Comparative Study of EU and US Law*, Brill-Nijhoff Leiden-Boston 2022, pp. 97 e ss. e la letteratura ivi citata.

⁴³ Cfr. M.A. Bruckner, *The Promise and Perils of Algorithmic Lenders' Use of Big Data*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol.93, 2018, pp.5-6.

⁴⁴ Cfr. le considerazioni di I. ANGELONI, *Digital Euro: When in doubt, abstain*, cit. p.12-13.

⁴⁵ ID., p.13.

temporale nell'implementazione), non è difficile intravedere anche il ruolo dei fattori culturali - essenziale chiave di lettura dei processi- dei rispettivi ordinamenti di appartenenza.

ABSTRACT

The paper analyzes the project for the adoption of a European Central Bank Digital Currency, which represents one of the most relevant examples of the process of digitalization of financial services. Special focus is given to the potential risks of financial exclusion deriving from the adoption of the digital euro and to the specific design options envisaged to minimize these risks and promote inclusion.

KEYWORDS: CBCDs; Digital Euro; Financial Inclusion; Financial Vulnerability.

IV - LAW IN TIME OF EMERGENCIES

Giuseppe Bellantuono

*The case for hydrogen in the global south:
enhancing legal pluralism*

SOMMARIO: 1. Introduction: comparing innovations – 2. Hydrogen in the Global South: three examples – 3. Legal pluralism as a barrier to low-carbon innovations? – 4. Decolonizing hydrogen – 5. Meanings of hydrogen justice – 6. Conclusions.

1. Introduction: comparing innovations

In September 2023, the first ever Africa Climate Summit took place in Nairobi, co-hosted by the African Union and the Government of Kenya. Its main outcome was the Nairobi Declaration on Climate Change and Call to Action. The Declaration endorsed green growth policies, leapfrogging strategies for industrial development and global chains, carbon markets to raise financial resources, and the adoption of technologies like green hydrogen. The same relevance was given to the actions aimed at halting biodiversity loss, deforestation and land degradation. The key role of smallholder farmers, Indigenous people, and local communities for ecosystems stewardship was explicitly acknowledged¹.

The balance sought between development goals and social and environmental protection did not assuage critics. About 500 civil society organizations issued the African People's Climate and Development Declaration. They denounced the proposed solutions as technofixes led by Western interests and marketed as African priorities. They called for policies promoting climate justice and ending the existing neoliberal, authoritarian, extractive, neo-colonial, racist, and patriarchal systems. With specific regard to green hydrogen, they countered that this technology does nothing to increase access to energy for 600 million of Africans. In their view, it amounts to neo-colonial extraction of African energy and fresh

¹ The text of the Nairobi Declaration is available at <https://africaclimatesummit.org/>. Also see Sustainable Energy for All, *Key Outcomes from the first Africa Climate Summit*, available at <https://www.seforall.org/news/key-outcomes-from-the-first-africa-climate-summit>.

water resources².

This contrast is a good example of one of the central issues in the unfolding of the low-carbon transition: high and accelerated rates of technological innovation are badly needed, but they cannot be detached from the contexts in which they must be implemented. Attempts to describe transitions through an exclusive focus on technological innovation are rebuked with charges of ‘techno-solutionism’³. Low-carbon technologies do not only change how infrastructures and equipment work. They also change the relationships among the suppliers and users of those technologies. Most importantly, change is not uniform everywhere. Its pace, depth and direction are shaped by the interactions among economic, social and legal domains. As pointed out by the historian Jürgen Renn, the fossil fuels economy created the misleading perception of a decoupling between human activities and local environmental conditions. This kind of ‘local universalism’ is now over. What is needed is a new ‘global contextualism’, in which attention is paid to both locally varying contexts and the global consequences of any human intervention in the Earth system⁴.

In this contribution, I explore the meanings of low-carbon innovation emerging from the interaction between legal and non-legal domains. Most of the times, each innovation domain is analysed from the perspective of a single discipline. Transition theories try to offer comprehensive explanations of the impacts generated by simultaneous processes of innovation in the different domains. The sheer complexity of such processes usually forces researchers to include in their analysis a limited number of factors and to rely on simplifying assumptions about the roles and dynamics of each innovation process. How can a comparative perspective help gain a better understanding of interlinked innovation processes?

In order to answer this question, I make two methodological choices. Firstly, I contrast the meanings of low-carbon technological innovation in the Global North and the Global South. This focus allows to explore the situations in which the largest possible variety of institutional contexts can be expected. Admittedly, pitting Global North and Global South,

² The text of the People’s Declaration is available at <https://www.realafricacimatesummit.org/>. Also see M. ADOW, *Africa Climate Summit: A Hit and Miss Affair*, September 10, 2023, available at <https://nation.africa/kenya/blogs-opinion/blogs/africa-climate-summit-a-hit-and-miss-affair--4364386>.

³ H.S. SÆTRA (ed.). *Technology and Sustainable Development: The Promise and Pitfalls of Techno-Solutionism*, Routledge, New York 2023.

⁴ J. RENN, *The Evolution of Knowledge: Rethinking Science for the Anthropocene*, Princeton University Press, Princeton 2020, pp. 32f.

or Western and non-Western approaches, against each other is a gross oversimplification. On each side, much more diversity can be observed⁵. Furthermore, contaminations and hybridity across this divide are the rule, not the exception⁶. I do not mean to suggest that North-North (e.g., between EU Member States or between the EU and the USA) and South-South (e.g., between developing countries within the same continent or from different continents) are not equally interesting from the point of view of the law-technology nexus. Still, the main advantage of the North-South comparison lies in the information it can provide about three different legal dimensions: first, the relevance of legal pluralism for low-carbon innovations; second, the interplay, and sometimes the clash, between Western and non-Western approaches to climate policies; third, the linkages between low-carbon innovations and concepts of justice prevailing in each jurisdiction. These legal dimensions represent crucial cleavages for the success or failure of low-carbon strategies. Comparative legal studies can be leveraged to discuss the linkages between the low-carbon transition and the broader debates about the roles of unofficial legal orders, the decolonization of legal knowledge and the universalization/localization of legal concepts. The working hypothesis is that these dimensions shed light on how the law-technology nexus is dealt with in each decarbonisation pathway.

The second methodological choice has to do with the technological scope of the comparative analysis. The three legal dimensions mentioned above are relevant for all low-carbon technologies. At the same time, each technology does have its own peculiarities. They can differ from the point of view of the infrastructures they require, the degree of centralization or decentralization, maturity or interdependencies with other technologies. To sharpen the focus, in this contribution I only consider the cluster of technologies employed in the hydrogen sector. The diffusion of other

⁵ As B. DE SOUSA SANTOS, *The End of the Cognitive Empire: The Coming of Age of Epistemologies of the South*, Duke University Press, Durham 2018, famously argued, the Global South is a political and epistemological project. It can also be found in the geographical North in the struggles waged there against capitalism, colonialism, and patriarchy.

⁶ See L. MOOSAVI, *The Decolonial Bandwagon and the dangers of intellectual decolonisation*, in *International Review of Sociology*, 30, n. 2, 2020, pp. 332 ff. (the Global South is a vastly diverse entity with a plurality of perspectives). On the need to account for the variety of environmental policies in developing countries see K. HOCHSTETLER, *Environment and Development: Crossing the Divide Between the Global South and the Global North*, in J. Sowers et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Environmental Politics*, Oxford University Press, Oxford 2021, pp. 81ff.

low-carbon technologies in the Global South has already been discussed extensively⁷. The hydrogen sector offers the opportunity to observe the early stages in the development of (what is supposed to become) a global market for a low-carbon technology. The EU plans to produce 10 million tonnes and import the same amount of green hydrogen by 2030⁸. Global scenarios show that hydrogen could play a significant role in the low-carbon transition. By 2050, 14% of final energy consumption could be satisfied with blue and green hydrogen⁹. However, uncertainties still loom large. Depending on several cost factors, both global supply and demand of hydrogen might turn out to be much lower. Green hydrogen might be more costly than other types of hydrogen for many decades, thus contributing little to decarbonization¹⁰. In the Global North-Global South interaction, the impact of hydrogen projects on local communities is particularly worrisome: not only the projects require a significant increase of capacity generation from renewable sources; they also have an additional impact on natural resources. Furthermore, the three legal dimensions mentioned above are all equally relevant in the hydrogen sector because the Global North and the Global South are assumed to share an interest in participating to this global market. Hence the questions: how will hydrogen projects in the Global South take into account local contexts? Is hydrogen a technological innovation driven by the decarbonization process in the

⁷ See e.g. A. KUMAR *et al.*, *Solar Energy for All? Understanding the Successes and Shortfalls through a Critical Comparative Assessment of Bangladesh, Brazil, India, Mozambique, Sri Lanka and South Africa*, in *Energy Research & Social Science*, 48, 2019, pp. 166 ff.; A. SHARMA, 'We do not Want Fake Energy: The Social Shaping of a Solar Micro-Grid in Rural India', in *Technology & Society*, 25, n. 2, 2020, pp. 308 ff.; KUMAR *et al.* (eds.), *Dilemmas of Energy Transitions in the Global South: Balancing Urgency and Justice*, Routledge, London 2021; S. JASANOFF, H.R. SIMMETT, *Renewing the Future: Excluded Imaginaries in the Global Energy Transition*, in *Energy Research & Social Science*, 80, 2021; J.T. NURU *et al.*, *Virtue or Vice? Solar Micro-grids and the Dualistic Nature of Low-carbon Transitions in Rural Ghana*, in *Energy Research & Social Science*, 83, 2022; R. STOCK, *Power for the Plantationocene: Solar Parks as the Colonial Form of an Energy Plantation*, in *The Journal of Peasant Studies*, 50, n. 1, 2023, pp. 162 ff.; S. TSOEU-NTOKOANE *et al.*, *Community Engagement and Sustainability: Two Cases of Implementation of Mini-grids in Lesotho*, 2 in *Oxford Open Energy*, 2, 2024.

⁸ European Commission, *REPowerEU Plan*, COM(2022) 230 of 18.5.2022.

⁹ O.A. MARZOUK, *Expectations for the Role of Hydrogen and its Derivatives in Different Sectors through Analysis of the Four Energy Scenarios: IEA-STEPS, IEA-NZE, IRENA-PES, and IRENA-1.5°C*, in *Energies*, 17, 2024, pp. 646 ff.

¹⁰ R. FAZELI *et al.*, *Recognizing the Role of Uncertainties in the Transition to Renewable Hydrogen*, in *International Journal of Hydrogen Energy*, 47, 2022, pp. 27896 ff.; A. AJANOVIC *et al.*, *On the Future Relevance of Green Hydrogen in Europe*, in *Applied Energy*, 358, 2024, pp. 122586 ff.

Global North? Is there room for negotiating the meanings of innovation?

To keep the discussion within manageable bounds, these questions are addressed with regard to three countries: Namibia, South Africa, and Brazil. While they are all planning to play a major role in the global hydrogen market, they also face the problem of ensuring the compatibility of the decarbonization strategies with the plurality of their legal orders. Section two summarizes the hydrogen strategies in these three countries and the impact they could have on local communities. Section three discusses the role legal pluralism could play with regard to the law-technology nexus. Section four considers the relationship between the regulatory choices in the hydrogen sector and the decolonization debate. Section five reviews concepts of justice applied to the hydrogen sector. Section six summarizes the discussion and lists open research questions.

2. Hydrogen in the Global South: three examples

Investing in the hydrogen sector means to devote substantial resources to both production and transport capacity. These infrastructures divert resources from other investments, for example the phase-out of fossil fuels and the electrification of all sectors of the economy. Moreover, investments in the hydrogen sector might be geared toward exports, thus contributing little to decarbonization at national and local levels. No less important is the local environmental impact of hydrogen hubs and infrastructures¹¹. Even when the production of hydrogen is entirely fuelled with renewable sources (so called green hydrogen), a significant amount of natural resources has to be subtracted from other uses: the land required for hydrogen infrastructures, the critical raw materials needed to manufacture electrolyzers, the water required for hydrogen production. Apart from interfering with existing agricultural activities, the hydrogen hubs might also clash with local communities' religious traditions and beliefs about their relationship with the natural (non-human) world.

Even though hydrogen strategies are in an early stage of implementation, cases of disputes with Indigenous communities are not rare. The three examples briefly described in this section are all related to the trade

¹¹ New Climate Institute, *The Role of Green Hydrogen in a Just, Paris-Compatible Transition*, November 2023; L. CREMONESE *et al.*, *The Sustainability of Green Hydrogen: An Uncertain Proposition*, in *International Journal of Hydrogen Energy*, 48, 2023, pp. 19422 ff.

relationships between countries from the Global South and the Global North. At the same time, they display different approaches to the interactions between official and non-official law (see section 3). Hence, they can provide insights on the compatibility between local conditions and decarbonization processes.

The first example relates to Namibia's hydrogen strategy. Often touted as a future hydrogen superpower thanks to its abundant land availability and solar and wind energy potential, this country plans to build at least three hydrogen hubs in the next few years and produce 10-12 Mtpa hydrogen equivalent by 2050¹². Agreements with Germany for the purchase of hydrogen and with the Netherlands and Belgium for the use of port infrastructures were made in the early 2020s¹³. Within the EU's Global Gateway Strategy, a strategic partnership on sustainable raw materials value chains and renewable hydrogen was started in 2022. Significant foreign investments are planned in the areas of education, inclusive green growth, good governance and gender equality¹⁴. Namibia also joined the Africa Green Hydrogen Alliance to exploit opportunities for regional cooperation¹⁵.

These initiatives face two criticisms. The first one relates to the benefits accruing to Namibia. In a country with a high public debt and low economic growth, the large investments required to implement the hydrogen strategy will entirely depend on foreign donors and foreign private investors. Moreover, Namibia could be pushed to fund the hydrogen projects through green bonds, thus increasing its exposure in international financial markets. Should the scenarios assuming high global demand for hydrogen not materialize, returns on investments could be too low to repay the debt. Also, it cannot be excluded that other countries or other regions will have lower production and transport costs for hydrogen. In this case, too, the benefits announced by the Namibian hydrogen strategy and the

¹² Ministry of Mines and Energy Namibia, *Green Hydrogen and Derivatives Strategy*, November 2022. See K. CHEGE, *Legal/Policy Tools and Strategies for Hydrogen in the Low-Carbon Transition*, in G. Bellantuono et al. (eds.), *Handbook of Energy Law in the Low-Carbon Transition*, De Gruyter, Berlin 2023, pp. 228 f..

¹³ R. LINDNER, *Green Hydrogen Partnerships with the Global South. Advancing an Energy Justice Perspective on "Tomorrow's Oil"*, in *Sustainable Development*, 31, 2023, pp. 1038 ff.; M. DEJONGHE, *Risky Business? Evaluating Hydrogen Partnerships Established by Germany, The Netherlands, and Belgium*, in *Sustainability*, 15, 2023, pp. 16876 ff.

¹⁴ Information on the implementation of the partnership is available at https://international-partnerships.ec.europa.eu/countries/namibia_en.

¹⁵ Africa Green Hydrogen Alliance, McKinsey, *Africa's Green Hydrogen Potential*, November 2022, available at <https://gh2.org/africa-green-hydrogen-alliance-agma>.

EU's strategic partnership could become uncertain at best. Finally, there is a lack of transparency about the sharing of profits from hydrogen projects. The largest portion could accrue to foreign investors¹⁶.

The second criticism has to do with the environmental and social impacts of the hydrogen strategy. The three planned hydrogen hubs, as well as the solar and wind plants that should fuel them, will be located along the coasts of Namibia. These areas are included in protected national parks, communal forests and communal conservancies. Namibian environmental law put in place special regimes to protect biodiversity and fragile ecosystems in those areas. About half of the national territory falls under one of these environmental protection regimes¹⁷. However, little is known about the solutions to be implemented to avoid environmental losses. Furthermore, Namibia is plagued by water scarcity. The production of hydrogen on a large scale will require investments in desalination technologies. Apart from the additional costs, which could reduce the competitiveness of Namibian hydrogen, desalination entails significant risks for marine ecosystems. The statutory framework for the management of marine resources and fisheries imposes restrictions to exploitation¹⁸. Furthermore, an environmental impact assessment shall be carried out before building the infrastructures for the hydrogen hubs. The strategic partnership with the EU envisages collaboration for the drafting of new legislation related to the hydrogen sector¹⁹. The new provisions could introduce more specific environmental

¹⁶ D. VON OERTZEN, *Issues, Challenges and Opportunities to Develop Green Hydrogen in Namibia*, Konrad Adenauer Stiftung, October 2021; R. SHERBOURNE, *(Almost) Everything You Wanted to Know About Green Hydrogen and Namibia (but Were Afraid to Ask)*, Institute for Public Policy Research, February 2022; New Climate Institute, *The Landscape of Green Hydrogen in Namibia*, November 2023; M. RISCHER, *The Political Ecology of Green Hydrogen from the Global South*, Master Thesis, KTH Royal Institute of Technology, Stockholm, October 2023; D. GABOR, N.S. SYLLA, *Derisking Developmentalism: A Tale of Green Hydrogen*, in *Development and Change*, 54, n. 5, 2023, pp. 1169 ff.; RICARDO, *Weighing the EU's Options: Importing vs Domestic Production of Hydrogen/E-Fuels*, 31 October 2023.

¹⁷ Ministry of Environment, Forestry and Tourism, Namibian Association of CBNRM Support Organizations, *The State of Community Conservation in Namibia*, 2023. On the legal frameworks for protected areas see M.O. HINZ, O.C. RUPPEL, *Legal Protection of Biodiversity in Namibia*, in O.C. Ruppel, K. Ruppel-Schlichting (eds.), *Environmental Law and Policy in Namibia: Towards Making Africa the Tree of Life*, Nomos, Baden-Baden 2022⁴, pp. 231ff.

¹⁸ C. HAY, *Fisheries Related Statutory Law and Policy in Namibia*, in Ruppel, Ruppel-Schlichting, cit., pp. 359 ff.

¹⁹ O.C. RUPPEL, M.S. KATOOLE, *A Regulatory Framework for Green Hydrogen Production in Namibia*, Hanns Seidel Foundation Namibia, Windhoek, 2023.

safeguards. But it is unclear whose interests will be considered. In the past, the Namibian territory was already devastated by unsustainable mining activities²⁰. If official law is not up to the task, could projects for the low-carbon transition be assessed from the point of view of Indigenous practices and knowledge?

The second example relates to South Africa's hydrogen strategy. Efforts to promote investments in research started in the 2000s, but they did not contribute to the development of a national hydrogen industry. Renewed interest came from opportunities to devise an integrated strategy linking the energy, mining, and hydrogen sectors. In 2021, the Department of Science and Innovation launched the Hydrogen Society Roadmap, with a target of 15 GW of production capacity for blue and green hydrogen by 2040. Both the Just Energy Transition Investment Plan of 2022 and the Green Hydrogen Commercialization Strategy of 2023 confirmed that South Africa is committed to gain a significant share of the global hydrogen market. At regional level, South Africa could be involved with other ten countries in the East Africa Green Hydrogen and Fertiliser Corridor proposed by the African Hydrogen Partnership, a non-profit organization²¹. Moreover, in 2022 South Africa joined the Africa Green Hydrogen Alliance. At international level, in 2021 a Just Energy Transition Partnership (JETP) was announced between South Africa and France, Germany, the UK, the United States, and the European Union. These countries were later joined by Denmark and The Netherlands. Aimed at supporting South Africa's decarbonization efforts, the partnership will include investments to develop 100 GW of dedicated renewable electricity capacity and more than 60 GW of electrolyser capacity²². Additional funding will be provided through the Just and Green Recovery Team Europe Initiative for South Africa, launched in 2023 within the EU Global Gateway Strategy.

Still, the goals of the national strategy have yet to be delineated. While

²⁰ M. HANNIS, S. SULLIVAN, *Extraction Old and New: Toxic Legacies of Mining the Desert in Southwestern Africa*, in E. Kryder-Reid, S. May (eds.), *Toxic Heritage: Legacies, Futures, and Environmental Injustice*, Routledge, London 2024, pp. 23ff.

²¹ See information available at <https://www.afr-h2-p.com/>.

²² S. FAKIR, *The Just Transition Energy Partnership in South Africa: Vehicle for Reform and Economic Transformation?*, in *Fletcher Forum World Affairs*, 47, n. 1, 2023, pp. 41 ff.; H. VON LÜPKE, *The Just Energy Transition Partnership in South Africa: Identification and Assessment of Key Factors Driving International Cooperation*, DIW Berlin Discussion Papers 2062/2023; CHEGE, *Legal/Policy Tools and Strategies for Hydrogen in the Low-Carbon Transition*, pp. 227 f..

exporting hydrogen could lead to another version of green extractivism, focusing investments on the national industries could strengthen the role of fossil fuels companies. Socio-ecological initiatives try to avoid negative impacts on communities, but it is not clear whether they advocate stopping investments in the hydrogen sector²³. In the meanwhile, the implementation of the JETP is also hampered by the long-term electricity crisis South Africa is struggling with since the 2000s²⁴. On one hand, the fossil fuels industry opposes the low-carbon transition with arguments that point to the risks it entails for the country's energy security²⁵. On the other hand, civil society organizations argue that the low-carbon policies are doing little to address the most pressing needs of the energy poor²⁶. Not differently from Namibia, the financial risks of the JETP could increase South Africa's indebtedness and lead to cuts to public services²⁷.

The third example relates to Brazil's hydrogen strategy. Until the 2020s, only limited investments in research and production of hydrogen from fossil fuels for industrial use were available. In 2022, the National Hydrogen Program, launched by the National Council for Energy Policy, marked a turning point: green hydrogen became a key pillar in the Brazilian transition strategy. The significant share of renewable sources in the Brazilian energy matrix, access to fresh water resources and a geographical position allowing to export hydrogen to the most important markets are the main reasons why this country is expected to play a major role in global trade. Indeed, these strategic advantages are usually underlined to suggest that the Brazilian hydrogen strategy will mainly be export-driven. The production of hydrogen can also contribute to the decarbonization of the

²³ T. KALT *et al.*, *Between Green Extractivism and Energy Justice: Competing Strategies in South Africa's Hydrogen Transition in the Context of Climate Crisis*, in *Review of African Political Economy*, 50, n. 177/178, 2023, pp. 302 ff..

²⁴ On the causes of the electricity crisis see J. VANHEUKELOM, *Two Years into South Africa's Just Energy Transition Partnership: How Real is the Deal?*, ECDPM Briefing Note no. 174, November 2023.

²⁵ The strong ties between state institutions and the fossil fuels industry hampered the low-carbon transition after the end of apartheid: see E. TYLER, HOCHSTETLER, *Institutionalising Decarbonisation in South Africa: Navigating Climate Mitigation and Socio-Economic Transformation*, *Environmental Politics*, 30(sup1), 2021, pp. 184 ff..

²⁶ Criticisms from civil society organizations about the inadequate prioritization of just transition dimensions were raised during the consultations carried out by the Presidential Climate Commission, *A Critical Appraisal of South Africa's Just Energy Transition Investment Plan*, May 2023.

²⁷ A. LENFERNA, *South Africa's Unjust Reparations: A Critique of the Just Energy Transition Partnership*, in *Review of African Political Economy*, 50, n. 177/178, 2023, pp. 491 ff..

domestic industrial and agricultural sectors, but internal demand does not seem to be the main driver. Brazilian states, too, share the same focus of the federal government. International agreements with foreign countries and companies are expected to boost investments in the many hydrogen hubs planned across the country²⁸.

The Brazilian hydrogen strategy has to face unsolved tensions with local communities. One clear example is the plan to develop the hydrogen hub in the area of the port of Pecém, in the North-East state of Ceará. In little more than two years, by early 2024 the hub had already signed more than 30 memoranda of understanding with national and foreign investors. Investments for about \$30 billion are expected to support the expansion of wind and solar energy production and the production of 6 GW of green hydrogen by 2034²⁹.

These massive investments did not pay attention to the conflicts with the local communities in the Pecém area. Already from the 1990s, the Indigenous people Anacé have been fighting for the control of their ancestral lands. Historical sources document their presence since the seventeenth century. They were first dispossessed and then forced to bear the impact of the environmental damages stemming from the industrial activities in the state of Ceará. No official delimitation of their lands was undertaken according to Art. 231 of the Brazilian Constitution. A reserve for the Anacé people was established in another area of the state in 2018³⁰. A public civil action was started in 2023 by the representatives of this

²⁸ BNDES, *Hidrogênio de baixo carbono: oportunidades para o protagonismo brasileiro na produção de energia limpa*, 2022; C. CHANTRE *et al.*, *Hydrogen Economy Development in Brazil: An Analysis of Stakeholders' Perception*, in *Sustainable Production and Consumption*, 34, 2022, pp. 26 ff.; T. BISOGNIN GARLET *et al.*, *Unlocking Brazil's Green Hydrogen Potential: Overcoming Barriers and Formulating Strategies to This Promising Sector*, in *International Journal of Hydrogen Energy*, 49, 2024, pp. 553 ff.

²⁹ H2Brasil, *Oportunidades e Desafios de Fornecimento na Cadeia Produtiva de Hidrogênio Verde para as PME Cearenses*, May 2023. Additional information available at <https://www.semace.ce.gov.br/2024/01/03/com-grande-potencial-em-energias-renovaveis-o-ceara-esta-se-tornando-a-casa-do-hidrogenio-verde/>.

³⁰ Information about this conflict is available at <https://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/conflito/ce-povo-anace-e-desrespeitado-e-expulso-de-seu-territorio-para-construcao-do-complexo-industrial-e-portuario-do-pecem/>. Also see A.J.A. MEIRELES *et al.*, *The Pecém Industrial and Shipping Complex: A Land of Socio-Environmental Injustice*, in P. Cooney, W.S. Freslon (eds.), *Environmental Impacts of Transnational Corporations in the Global South*, Emerald Publishing, Bingley 2019, pp. 171 ff.; L.N. NÓBREGA, L.P. BARBOSA, *Uma pedagogia das retomadas: ensinamentos e aprendizagens a partir do povo indígena Anacé*, in *Revista da FAEEBA*, 31, n. 67, 2022, pp. 248 ff. Other disputes related to renewable plants are surveyed by A.B.P. GONZÁLEZ *et al.*, *Socio-Ecological Controversies from Chilean and Brazilian Sustainable Energy Transitions*, in *Sustainability*, 15, n. 3, 2023, pp. 1861 ff.

Indigenous community to stop the construction of a gas-fired plant in the Pecém complex³¹.

These three examples show why a rapid low-carbon transition needs ‘global contextualism’. Hydrogen strategies in the Global South can only succeed if the right institutional conditions are available. The three legal dimensions mentioned in section 1 are a good starting point to identify such conditions.

3. *Legal pluralism as a barrier to low-carbon innovations?*

Both synchronically and diachronically, a significant number of legal systems have to grapple with the realities of plural forms of law. This is no less true in the Global North than in the Global South. In the early twenty-first century, the multiplication of legal interventions at national and transnational levels conveys the impression of a ‘hyperregulation’, in which different legal regimes are forced to co-exist³². Several reconstructions of the relationships among legal orders have been proposed: incorporation of, deference to, and delegation to non-state law³³; combative, competitive, cooperative, and complementary relationships³⁴. These relationships can evolve over time. Strategies to manage conflicts between state and non-state law have been classified according to the following categories: bridging, harmonization, incorporation, subsidization, and repression³⁵.

For the low-carbon transition, legal pluralism is a double-edged sword: on one hand, plurality can be harnessed to adapt technological innovations to specific contexts and ensure their benefits spread widely;

³¹ Tribunal Federal Regional da 5ª Região, *Instituto Verdeluz et al. v. Portocem Geracao de Energia S.A. et al.*, Ação Civil Pública, initial petition of 3 April 2023.

³² K. VON BENDA-BECKMAN, B. TURNER, *Anthropological Roots of Legal Pluralism*, in P.S. Berman (ed.), *The Oxford Handbook of Global Pluralism*, Oxford University Press, Oxford 2020, pp. 67 ff.

³³ R. MICHAELS, *On Liberalism and Legal Pluralism*, in M. Maduro et al. (eds.), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge University Press, Cambridge 2014, pp. 122 ff.; K. MCKERRACHER, *Relational Legal Pluralism and Indigenous Legal Orders in Canada*, in *Global Constitutionalism*, 12, n. 1, 2023, pp. 133 ff.

³⁴ G. SWENSON, *Contending Orders: Legal Pluralism and the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2022, pp. 56-64; B.Z. TAMANAHA, *Legal Pluralism Across the Global South: Colonial Origins and Contemporary Consequences*, in *The Journal Legal Pluralism and Unofficial Law*, 53, n.2, 2021, pp. 168 ff.

³⁵ SWENSON, *Contending Orders: Legal Pluralism and the Rule of Law*, cit., pp. 64-74.

on the other hand, legal pluralism can become a barrier to the large-scale adoption of environmentally sustainable practices. In the three examples discussed in this contribution, hydrogen projects are leading to conflicts with Indigenous communities. Let us discuss the role legal pluralism plays in these conflicts.

According to Article 66(1) of the Namibian Constitution, both customary law and the common law of Namibia shall remain valid, to the extent they do not conflict with the Constitution or any other statutory enactment. Hence, the legal order represented by customary law was allowed to co-exist with the other 'official' legal orders. Furthermore, the Traditional Authorities Act, first enacted in 1995, grants recognized traditional authorities the power to make customary law. Specific competences on the sustainable management of natural resources are mentioned, thus opening the door to the adoption of new customary rules that deal with the consequences of climate change³⁶.

With specific regard to conservancies, since the 1990s this innovative resource governance framework, already experimented with in other Southern Africa countries, granted local communities the possibility to manage wildlife and other natural resources. Such a delegation of governance tasks is a clear manifestation of legal pluralism. Although Namibian environmental law does not explicitly link conservancies to traditional authorities, it is clear that the latter play a major role in the management of natural resources. Both the Namibian hydrogen strategy and the EU's initiatives acknowledge that the implementation of the projects require a broad involvement of the local communities. Though, it appears that the suitability of the hydrogen strategy is taken for granted. There is no room for alternative ways to manage natural resources according to customary law. Namibian communities rely on philosophies of animated nature to engage with natural resources³⁷. Anthropological studies suggest that local knowledge helps adapt to climate change in rural areas of Namibia³⁸. Even though not all conservancies managed by local

³⁶ M.O. HINZ, *Customary Law and the Environment*, in Ruppel, Ruppel-Schlichting, cit., pp. 609 ff.

³⁷ *Ivi*, pp. 623-627.

³⁸ M. BOLLIG, *Drought, Disaster, and Identity in North-Western Namibia in Times of Global Climate Change*, in J. Ahrens, E. Halbmayer (eds.), *Climate Change Epistemologies in Southern Africa: Social and Cultural Dimensions*, Routledge, London 2023, pp. 27 ff.; U. DIECKMANN, *Thinking with Relations in Nature Conservation? A Case Study of the Etosha National Park and Hailom*, in *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 29, 2023, pp. 859 ff. New partnerships with national and international actors are helping communities to cope with climate change, but the autonomy of those communities is not always

communities are equally successful in sharing benefits³⁹, sidestepping their role is not an effective strategy for the low-carbon transition.

Turning now to South Africa's legal pluralism, the role of customary law was explicitly acknowledged in the post-apartheid Constitution, but the hierarchy among official and unofficial sources remains controversial⁴⁰. Attempts at regulating customary law or reconciling it with constitutional principles runs the risk of distorting its meaning. If legal concepts from the common law are adopted, there is the further risk of replacing Indigenous visions with Western ones. To be sure, several judgements in environmental matters did acknowledge a significant role for Indigenous communities and their social practices. For example, in the *Baleni* judgement, the High Court of South Africa held that the Umgungundlovu community has a right to consent before the exploitation of mineral resources in their traditional lands⁴¹. In the *Sustaining the Wild Coast NPC* judgement, the High Court of South Africa set aside Shell's exploration rights because potential harm to the religious and ancestral beliefs and practices of coastal communities had not been taken into account⁴². These precedents suggest that similar legal battles can be expected with regard to the development of hydrogen projects. In the case of the Northern Cape Green Hydrogen

safeguarded: see A. HEFFERNAN, *The Global Politics of Local Conservation: Climate Change and Resource Governance in Namibia*, Palgrave Macmillan, Cham 2023.

³⁹ K.A. GALVIN *et al.*, *African Community-Based Conservancies: Innovative Governance for Whom?*, in J. Levin (ed.), *Nomad-State Relationships in International Relations*, Springer, Cham 2020, pp. 147ff.; BOLLIG, *Twenty-First Century Conservation in Africa: Contemporary Dilemmas, Future Challenges*, in C. Greiner *et al.* (eds.), *African Futures*, Brill, Leiden 2022, pp. 111 ff.

⁴⁰ See A.C. DIALA, *Our Laws are Better than Yours: The Future of Legal Pluralism in South Africa*, in *Revista General de Derecho Publico Comparado*, n. 26, 2019; E. ZITZKE, *Decolonial Comparative Law: Thoughts from South Africa*, in *RabelsZ*, 86, 2022, pp. 189 ff.; W.O. MOLEPE, O.K. ODEKU, *The Implications of the Statutory Regulation of Customary Law in South Africa*, in *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, 86, n. 3, 2023, pp. 320 ff.

⁴¹ *Baleni and Others v. Minister of Mineral Resources and Others* (73768/2016) [2018] ZAGPPHC 829. See A. MENSİ, *The South Africa High Court Baleni Judgement: Towards an Indigenous Right to Consent?*, in *African Human Rights Yearbook*, 6, 2022, pp. 375 ff. This is an expansive interpretation of the principle of free, prior and informed consent, not endorsed everywhere: see J.A. HOFBAUER, *Free, Prior and Informed Consent (FPIC)*, in C. Binder *et al.*, *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Elgar Publishing, Cheltenham 2022, pp. 249 ff.

⁴² *Sustaining the Wild Coast NPC and others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others*, [2022] ZAECMKHC 55 (1 September 2022). See C. RANKIN, *Defending the Rights of Local Communities Against Box-Ticking Exercises: An Analysis of Sustaining the Wild Coast NPC v Minister of Mineral Resources and Energy*, in *Business and Human Rights Journal*, 8, 2023, pp. 441 ff.

Hub, located on the South Africa West Coast, the Indigenous communities of the Northern Cape area (the Khoi and the San of the Cape) complained that they were not consulted or involved in decision making. These communities had only recently reclaimed the land where the hub is planned and risk losing access to its resources again. Already in 2022, the Paramount Chief of the Aikonese Cochoqua Khoi Tribal Council wrote an open letter to the Oil industry and the Mineral and Energy Minister to denounce the complete lack of understanding of the sacred relationship between the fishing communities of the Cape and the oceans. The Chief pointed out that climate-related impacts are already seriously undermining food security, but coastal mining could completely destroy Indigenous communities.

Finally, what kind of legal pluralism can be relied upon in Brazil to deal with low-carbon policies? Multiculturalism has been a central trend for many Latin American constitutions, including the Brazilian one. More radical versions of interculturalism also found many supporters⁴³. And yet, Brazil is far from reaching a stable relationship between official and unofficial law. Particularly with regard to the management of natural resources, official law tends to displace, or at least restrict, the domain of Indigenous rights. One of the most blatant examples is the conflict about the delimitation of Indigenous lands. The Brazilian Congress passed law no. 14701 of 20 October 2023 to exclude that the rights of Indigenous people on the territories they traditionally lived in could be affirmed if their presence could not be proved upon entry into force of the Brazilian Constitution in 1988. Such a provision clearly clashes with Art. 231 of the Constitution, which mandates the federal government to adopt the measures required to protect Indigenous rights on their land⁴⁴.

In the language of theories of legal pluralism, these three examples

⁴³ See generally on legal pluralism in Latin America S. LANNI, *Il diritto nell'America Latina*, ESI, Napoli 2017, pp. 123 ff.; T. HERZOG, *Latin America Legal Pluralism: The Old and the New*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50, n. 1, 2021, pp. 705 ff.; C. CUNILL, *How to Approach Indigenous Law?*, in T. Duve, Herzog (eds.), *The Cambridge History of Latin America Law in Global Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2024, pp. 95 ff.; D. BONILLA MALDONADO, *Beyond the State: Can State Law Survive the Twenty-First Century?*, *ibid.*, pp. 485ff.

⁴⁴ The Federal Supreme Tribunal already rejected the temporal limit for the recognition of the rights of the Indigenous people with a decision of 20 September 2023, extraordinary recourse no. 1017365 submitted by the National Foundation of Indigenous People. Law no. 14701/23 was challenged before the Federal Supreme Tribunal by the Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) with a direct action for unconstitutionality (ADI 7582 of 28 December 2023, pending).

suggest that, in contexts related to the low-carbon transition, relationships between official and unofficial law are often combative. However, it would be wrong to conclude from the three examples that legal pluralism is always a barrier to the low-carbon transition. They confirm that no transition is possible without paying attention to both the internal and external dimensions of legal pluralism. On the internal side, coping with legal pluralism means to put in place the procedures that allow to identify the compatibility between each legal order and the low-carbon strategies. On the external side, the negotiation of international agreements should leave room for selecting investments in technological innovations that differ from the ones already available in developed countries. This is the point where legal pluralism intersect with the decolonization debate. I turn to this debate in the next section.

4. *Decolonizing hydrogen*

Within the wide-ranging debate on decolonization, two opposing views are most relevant for this contribution. On one hand, decolonization can be understood as the complete replacement of Western worldviews and concepts with alternative worldviews and concepts from the Global South. On the other hand, decolonization can be understood as the critical engagement with Western thought aimed at defining the peculiar path to modernity for every developing country. The first view looks more radical, but runs the risk of accepting nativist positions that do not correspond to the actual choices made in many parts of the Global South. The second view has the advantage of accepting the hybridity of ideas and institutions in the Global South. Pre-colonial visions are not frozen in a distant past, but undertake significant changes because of the contact with colonial and post-colonial ideas⁴⁵. Of course, it can be expected that drawing the line between acceptable hybridization and unacceptable Westernization will always be contentious. The question, then, is how to manage the disputes surrounding the decolonization debate without hampering the low-carbon transition. I propose an answer that focuses on three aspects: first, the relationship between the low-carbon transition and technology; second,

⁴⁵ One of the most extended defenses of the second view is provided by TÁÍWÒ, *Against Decolonisation: Taking Africa Agency Seriously*, Hurst & Company, London 2022. On the dangers of 'nativist decolonisation' also see MOOSAVI, *The Decolonial Bandwagon and the dangers of intellectual decolonisation*, cit..

the role of Indigenous knowledge; third, the meaning of a decolonized hydrogen strategy.

With regard to the first aspect, it is important to avoid referring to low-carbon strategies in the Global North as the only possible benchmark for the Global South. The Green Growth perspective is often invoked as the most useful decarbonization pathway. But such a perspective assumes that decarbonization and economic growth go hand in hand thanks to technological innovation. Global South countries are invited to phase out fossil fuels and to ‘leapfrog’ to clean energy systems. The main problem with this approach is that it assumes decoupling between greenhouse emissions and growth. Such an assumption is heavily contested in the Global North and likely unfounded in the Global South. An even deeper problem is that Global South countries are asked to embrace the same concept of development adopted in Global North countries. The decarbonization strategies of the Global North, including the European Green Deal, are said to reproduce and maintain the same inequalities that led to the exploitation of former colonies. Green or climate colonialism is the label attached to climate policies that do not redress historical responsibilities and worsen existing inequalities⁴⁶. With specific regard to hydrogen, creating North-South partnerships in which technology is fully controlled by the North and resources are transferred from the South is a blatant example of green colonialism⁴⁷.

How should the low-carbon transition be rescued from green colonialism? The second aspect mentioned above could be the starting

⁴⁶ The relationship between climate policies, colonialism and capitalism is heavily debated: see e.g. E. GATTEY, *Global Histories of Empire and Climate in the Anthropocene*, in *History Compass*, 19, n. 8, 2021, pp. e12683 ff.; F. SULTANA, *The Unbearable Heaviness of Climate Coloniality*, in *Political Geography*, 99, 2022; F. NEYROZ, “Colonialismo climatico”: una lettura dell’attuale stato del climate law, *BioLaw Journal*, n. 2, 2023, pp. 103 ff.; E.I. ARCHIBONG, A.P. AFOLABI, *From Colonial Exploitation to Renewable Transition: A Critical Analysis of Africa’s Energy Paradigm*, in *European Journal of Sustainable Development Research*, 7, n. 4, 2023; J. SÁNCHEZ CONTRERAS *et al.*, *Energy Colonialism: A Category to Analyse the Corporate Energy Transition in the Global South and North*, in *Land*, 12, n. 6, 2023, 1241; G.K. BHAMBRA, P. NEWELL, *More than a Metaphor: ‘Climate Colonialism’ in Perspective*, in *Global Social Challenges Journal*, 2, 2023, pp. 179 ff.; S. ARORA, A. STIRLING, *Colonial Modernity and Sustainability Transitions: A Conceptualisation in Six Dimensions*, in *Environmental Innovation and Societal Transitions*, 48, 2023, 100733.

⁴⁷ S. CLAAR, *Green Colonialism in the European Green Deal: Continuities of Dependency and the Relationship of Forces Between Europe and Africa*, in *Culture, Practice & Europeanization*, 7, n. 2, 2022, pp. 262 ff. On the need to reconsider EU’s role in global climate governance from the point of view of its historical responsibilities see S. RAMCILOVIC-SUOMINEN *et al.*, *From Pro-Growth and Planetary Limits to Degrowth and Decoloniality: An Emerging Bioeconomy Policy and Research Agenda*, in *Forest Policy and Economics*, 144, 2022.

point: Indigenous knowledge should be relied upon to identify the kinds of technological innovations most compatible with the needs and worldviews of local communities. To be sure, what exactly Indigenous knowledge is, how and by whom it is produced, and how effective it is in addressing climate change, are heavily debated issues⁴⁸. However, these uncertainties cannot justify prioritizing Western knowledge. Progress on managing the interface between official science and Indigenous knowledge was made within the IPCC processes. Its latest reports try to go beyond narrow references to Indigenous knowledge as repositories of local information and begin to engage with ontological and epistemological differences⁴⁹. Links between climate change and colonialism were also discussed⁵⁰. Another stream of literature focuses on alternative, non-Western innovation processes in the Global South, with the aim of detecting the peculiar patterns leading to so called frugal innovations. This concept admits a plurality of meanings⁵¹. For our purposes, frugal innovations can be understood as technological solutions affordable to low-income countries, leading to the adoption of

⁴⁸ K. WHYTE, *Too Late for Indigenous Climate Justice: Ecological and Relational Tipping Points*, in *WIREs Climate Change*, 11, 2020, pp. e603 ff.; D.E. JOHNSON *et al.*, *Indigenous Climate Change Adaptation: New Directions for Emerging Scholarship*, in *EPE: Nature and Space*, 5, n. 3, 2022, pp. 1541 ff.; M. NURSEY-BRAY *et al.*, *Old Ways for New Days: Indigenous Survival and Agency in Climate Changed Times*, Springer, Cham 2022; M.F. BYSKOV, K. HYAMS, *Epistemic Injustice in Climate Adaptation*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 25, 2022, pp. 613 ff.; K. ANKER, M. ANTAKI, *The Super-Factual Anthropocene and Encounters with Indigenous Law*, in P.D. Burdon, J. Martel (eds.), *The Routledge Handbook of Law and the Anthropocene*, Routledge, London 2023, pp. 35 ff.; K. HARRIDEN, *Working with Indigenous Science(s) Frameworks and Methods: Challenging the Ontological 'Hegemony' of Western Science and the Axiological Biases of its Practitioners*, in *Methodological Innovations*, 16, n. 2, 2023, pp. 201 ff.;

⁴⁹ B. VAN BAVEL *et al.*, *Indigenous Knowledge Systems*, in K. De Pryck, M. Hulme (eds.), *A Critical Assessment of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, Cambridge 2023, pp. 116 ff.; B. ORLOVE *et al.*, *Placing Diverse Knowledge Systems at the Core of Transformative Climate Research*, in *Ambio*, 52, n. 9, 2023, pp. 1431 ff.

⁵⁰ Colonialism was referred to for the first time in IPCC, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, Summary for Policymakers, February 2022. On the history of influences of imperialism and colonialism on climate science see H. MERCER, T. SIMPSON, *Imperialism, Colonialism, and Climate Change Science*, *WIREs Climate Change*, 14, 2023, pp. e851 ff.; M. MAHONY, *Meteorology, Climate Science, and Empire: Histories and Legacies*, in Z. Baker *et al.* (eds.), *Climate, Science and Society: A Primer*, Routledge, London 2024, pp. 11 ff.

⁵¹ See M. HOSSAIN *et al.*, *Frugal Innovation: Antecedents, Mediators, and Consequences*, in *Creativity and Innovation Management*, 31, n. 3, 2022, pp. 521 ff.; C. LE BAS, *The Economics of Frugal Innovation: Technological Change for Inclusion and Sustainability*, Elgar Publishing, Cheltenham 2023; A. LELIVELD *et al.* (eds.), *Handbook on Frugal Innovation*, Elgar Publishing, Cheltenham 2023;

sustainable practices, and compatible with social and religious beliefs.

Turning now to the third aspect, what does it mean to decolonize hydrogen innovation? Drawing on the observations made with regard to the previous two aspects, I offer two examples of alternative innovation processes more directly embedded into local systems of knowledge. The first example has to do with the opportunities available in Namibia for the extraction of natural hydrogen. The strategies discussed so far all referred to artificial hydrogen, to be manufactured by processes of electrolysis. In several places, geological processes lead to the formation of hydrogen fields below the Earth's surface. Extraction is sometimes possible with traditional drilling techniques. In other cases, extraction is made possible by stimulating the natural geochemical processes (so called orange hydrogen). Commercial scale exploitation is still not available, but natural hydrogen is expected to cost less than brown hydrogen (the cheaper type of hydrogen available today, but requiring fossil fuels for manufacturing), to have a smaller footprint, and to generate important synergies with other activities, e.g. the extraction of minerals like lithium and underground storage of CO₂. Preliminary evidence shows that Namibia is one of the countries where, due to its geological setting, significant reserves of natural hydrogen could be available⁵². No mention is made of this opportunity in the Namibian hydrogen strategy, which only plans to develop the infrastructures for the manufacturing of artificial hydrogen. This strange omission could be explained with the lack of interest foreign investors have for an immature technology. However, one could wonder whether natural hydrogen, with its lower footprint, would be more compatible with the preservation of the Namibian ecosystems. Only wide-ranging participation procedures, making available to local communities reliable data on the impact of both natural and artificial hydrogen, would allow to escape the influence of the Western technological vision.

The second example has to do with the manufacturing of hydrogen from kraal manure, a by-product of cattle and sheep farming⁵³. In the

⁵² E.C. GAUCHER *et al.*, *The Place of Natural Hydrogen in the Energy Transition: A Position Paper*, in *European Geologist*, 55, 2023, pp. 5 ff.; D. LEVY *et al.*, *Natural H₂ Exploration: Tools and Workflows to Characterize a Play*, in *Science and Technology for Energy Transition*, 78, 2023, pp. 27 ff.; R. BLAY-ROGER *et al.*, *Natural Hydrogen in the Energy Transition: Fundamentals, Promise, and Enigmas*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 189, 2024.

⁵³ N. DYANTI, T. NCANYWA, *Commercialization of Green Hydrogen Production from kraal manure in the Eastern Cape, South Africa: A review*, in *Journal of Energy in Southern Africa*, 33, n. 4, 2022, pp. 1 ff.. On the production of hydrogen from waste see also Y. ZHENG *et al.*, *A Review on Biological Recycling in Agricultural Waste-Based Biohydrogen Production: Recent Developments*, in *Bioresource Technology*, 347, 2022; A.T. UBANDO *et al.*, *Biohydrogen*

Eastern Cape of South Africa, these agricultural activities are sizeable. If the whole supply chain, from waste collection to transportation, pre-treatment, production and post-treatment, is organized, the region could benefit more quickly than is the case for investments in manufacturing hydrogen from electrolysis. Local workers and farmers without specialized skills could be employed in the waste collection phase. More skilled workers would be required for hydrogen production. Unlike the hydrogen strategy pursued so far by the South African government, this technological choice would clearly be focused on the internal market. Moreover, it would not preserve the links between the production of hydrogen and the fossil fuels industry, thus reducing the need to delay phase-out deadlines.

Both examples contain a general lesson: it is possible to decolonize hydrogen if its integration in existing energy systems takes into account a plurality of knowledge sources and accept them as the starting point for the design of hydrogen strategies. An additional, necessary condition for a decolonized approach is the evaluation of the impact technological choices could have on different categories. For such an assessment to be possible, justice criteria are needed.

5. *Meanings of hydrogen justice*

The debate about justice in the low-carbon transition is a global one, but its meanings are far from universal. From a theoretical point of view, a variety of perspectives shed light on different dimensions of justice and its connections to specific worldviews. In this debate, ontological and epistemological differences appear irreducible. At the same time, the justice debate helps understand the local conditions required to implement climate policies. With specific regard to the Global North-Global South interactions, concepts like postcolonial justice and Indigenous justice suggest how low-carbon technologies (including hydrogen) might be perceived as legitimate by local communities.

Postcolonial justice is understood to represent an answer to asymmetric power relationships and a way to develop alternative visions from marginalized groups⁵⁴. Redressing epistemic injustice, that is the systematic

in a circular bioeconomy: A Critical Review, in *Bioresource Technology*, 366, 2022.

⁵⁴ J. OHLSSON, D. MITCHELL, *Radical Justice Through Injustice: Postcolonial Approaches*, in Ohlsson, S. Przybylinski (eds.), *Theorising Justice: A Primer for Social Scientists*, Bristol University Press, Bristol 2023, p. 91.

exclusion on grounds of race, class, gender or other identity-based reasons, is one of the goals to be pursued. At least for some authors, a cosmopolitan vision of planetary justice is needed to de-privilege Western concepts of justice⁵⁵. A more specific concept of rectificatory justice is also proposed. It encompasses reparation, restoration, compensation, and apology⁵⁶. The connection between reparations and the climate crisis is particularly relevant: the groups that colonialism rendered most vulnerable are also those expected to suffer most from environmental catastrophes⁵⁷. Still today, colonizing countries are generally better able to adapt to climate change than colonized countries⁵⁸.

Indigenous justice does not refer to a single approach. It can be defined as a set of arguments focused on Indigenous ontologies and epistemologies. Relationships with humans and non-humans, the natural world and the sacred become the main reference point to identify the dimensions of justice each ethnic group cares about. Such dimensions are often translated in the language of rights associated with liberal concepts of justice, but there is a significant risk of providing a distorted representation of Indigenous visions. Issues related to land access, self-determination and cultural preservation should be framed according to the knowledge systems Indigenous people accept as legitimate⁵⁹.

Postcolonial justice and Indigenous justice share some common traits. Both fight against epistemic injustices and seek ways to change dominant economic systems. They may also converge on solutions to be adopted in the implementation of justice principles for the low-carbon transition. For example, pluralist energy decision-making, refusal of the growth imperative and Indigenous knowledge sharing for climate policies could be supported

⁵⁵ Ivi, pp. 97f.. Also see I.J. KIDD *et al.* (eds.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, Routledge, London 2017.

⁵⁶ OHLSSON, MITCHELL, *Radical Justice Through Injustice: Postcolonial Approaches*, cit., pp. 99-101.

⁵⁷ A. SCHEIDEL *et al.*, *Global Impacts of Extractive and Industrial Development Projects on Indigenous Peoples' Lifestyles, Lands, and Rights*, in *Science Advances*, 9, 2023; V. REYES-GARCÍA *et al.*, *Indigenous Peoples and Local Communities Report Ongoing and Widespread Climate Change Impacts on Local-Ecological Systems*, in *Communications Earth & Environment*, 5, n.1, 2024, pp. 29 ff.

⁵⁸ O. TÁÍWÒ, *Reconsidering Reparations: Worldmaking in the Case of Climate Crisis*, Oxford University Press, Oxford 2022, pp. 149-190.

⁵⁹ D. MCGREGOR *et al.*, *Indigenous Environmental Justice and Sustainability*, in *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 43, 2020, pp. 35 ff.; PRZYBYLINSKI, OHLSSON, *Indigenous Approaches to Justice*, in Ohlsson, Przybylinski, cit., p. 107.

by different justice theories⁶⁰.

With specific regard to the hydrogen sector, several justice dimensions need to be addressed⁶¹. To begin with, inclusive decision-making procedures are required to ensure that the costs and benefits of each technological choice are widely debated. Secondly, distributive justice requires that local communities receive a significant share of the benefits and do not worsen their vulnerabilities. Thirdly, recognition justice and epistemic justice require that each hydrogen project is evaluated from the point of view of a variety of knowledge systems.

Many of these justice dimensions were articulated by grassroots movements and local communities in the countries considered in this contribution and elsewhere⁶². They invoked social ownership of energy projects, co-sharing of revenues, delinking from extractivism, reliance on Indigenous knowledge, reparations for affected communities. The problem is that in none of the countries considered legal pluralism reached a stage in which these justice principles are widely endorsed. For example, Namibia has been discussing for many years with Germany about the reparations due for the genocides of the colonial period. In 2021, the two countries issued a joint declaration committing Germany to pay €1.1 billion to support the reconstruction and development programmes over a period of 30 years. Representatives of Indigenous communities strongly opposed the agreement, arguing that they were not allowed to participate to the negotiations and that no effective reparations were provided. A legal action was started in 2023 before the Namibia High Court to have the joint declaration declared unlawful. This position found support in a joint communication sent to the German government by seven UN

⁶⁰ B.K. SOVACOOLOO *et al.*, *Pluralizing Energy Justice: Incorporating Feminist, anti-racist, Indigenous, and Postcolonial Perspectives*, in *Energy Research & Social Science*, 97, 2023.

⁶¹ K.J. DILLMAN, J. HEINONEN, *A 'Just' Hydrogen Economy: A Normative Energy Justice Assessment of the Hydrogen Economy*, in *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 167, 2022; F. MÜLLER *et al.*, *Hydrogen Justice*, in *Environmental Research Letters*, 17, 2022; KALT, J. TUNN, *Shipping the Sunshine? A Critical Research Agenda on the Global Hydrogen Transition*, in *GALA*, 31, n. 2, 2022, pp. 72 ff.

⁶² E.g. for South Africa see the Climate Justice Charter, available at <https://cjcjcm.org.za/>; for Brazil see *Salvaguardas Socioambientais para Energia Renovável*, January 2024, available at <https://actionaid.org.br/>; for North America see *Indigenous Principles of Just Transition*, October 2017, available at <https://www.ienearth.org/justransition/>. A reference to social contracts for the benefit of local communities can also be found in UNIDO *et al.*, *Green Hydrogen for Sustainable Industrial Development: A Policy Toolkit for Developing Countries*, Vienna, 2023, p. 47.

Special Rapporteurs⁶³. It is striking that, while being unwilling to negotiate reparations, Germany shows a strong interest in hydrogen investments in Namibia. A justice perspective suggests that no investments should be allowed without reparations.

Strategies of negotiation and litigation are needed to extend the influence of local communities on technological choices. There is, however, a broader lesson for the Global North: it is not possible to plan green investments in the Global South without explicitly considering the justice principles accepted by local communities. If the negative impacts on those communities are ignored, the new vulnerabilities and inequalities generated by the hydrogen projects will foreclose the expected environmental benefits. Conversely, a climate diplomacy strategy that puts the benefits for the Global North and the Global South on equal footing has higher chances of success. Some hints in this direction can be seen in the provisions of the proposed Critical Materials Act (Articles 6, 7 and Annex III) that require the adoption of the same social and environmental standards for strategic projects related to raw materials in the EU and in third countries. Explicit references are made to the prevention and minimisation of socially adverse impacts through the use of socially responsible practices including respect of human, Indigenous peoples' and labour rights, in particular in case of involuntary resettlement. Plans for strategic projects shall contain measures dedicated to the meaningful consultation of the affected Indigenous peoples about the prevention and minimisation of the adverse impacts on Indigenous rights and, where appropriate, fair compensation of those peoples⁶⁴.

Although these measures are limited to raw materials, the same approach should be extended to hydrogen projects in third countries. Furthermore, in Global South countries with significant swathes of the population lacking access to electricity, stringent additionality requirements for renewable energy should be adopted⁶⁵. In the EU, additionality requirements aim at

⁶³ K. THEURER, *Minimum Legal Standards in Reparation Processes for Colonial Crimes: The Case of Namibia and Germany*, *German Law Journal*, 24, n. 7, 2023, pp. 1146 ff.

⁶⁴ European Parliament, *Legislative Resolution on the proposal for a Regulation establishing a framework for ensuring a secure and sustainable supply of critical raw materials*, 12 December 2023. This is the compromise text agreed by the co-legislators.

⁶⁵ Additionality requirements were introduced with Article 27 Dir. 2018/2001, as well as the implementing acts Reg. 2023/1184 and Reg. 2023/1185. They require that green hydrogen production relies on dedicated renewable sources and that electricity from the grid can only be used when significant quantities of renewable sources are available. More stringent requirements will only apply after 2030. See E. ZEYEN *et al.*, *Temporal Regulation of Renewable Supply for Electrolytic Hydrogen*, in *Environmental Research Letters*, 19, 2024.

avoiding interferences between the production of green hydrogen and the decarbonisation of other sectors. Moreover, temporal and geographical restrictions are imposed on electricity supplied from the grid to avoid an increase of GHG emissions when fossil fuels are still the main source. In the case of Global South countries, the main goal of additionality requirements would be to ensure that renewable sources are made available to the population. If dedicated renewable plants are only built for the production of hydrogen and the surplus electricity is not injected into the grid, neither improvements in electricity access nor the decarbonisation of local economies can be pursued. It was argued that stringent additionality requirements might hinder the rapid deployment of hydrogen at scale⁶⁶. This argument should be rejected: without additionality, the use of fossil fuels for the production of hydrogen in the Global South might be more difficult to avoid. Imposing additionality only in the Global North would fuel charges of climate imperialism. Moreover, it would entail that no attention is paid to justice claims of the local communities. Even better than just extending EU requirements, an explicit endorsement of social sustainability criteria included in green hydrogen certification schemes would lend credibility to agreements between the Global North and the Global South⁶⁷.

The EU carbon border adjustment mechanism is another reason why the negotiation about the sustainability of green hydrogen production is required. After the end of the transition period in 2026, exporters of hydrogen who cannot provide evidence of effective decarbonisation measures in their countries will have to pay carbon prices for direct emissions linked to the production of hydrogen and its derivatives⁶⁸. Clearly, this additional cost would put at risk the profitability of the export-oriented investments being planned in the Global South. Hence, additionality requirements are needed to ensure that the right quantity and type of investments in renewable sources are planned from inception.

⁶⁶ UNIDO *et al.*, *Green Hydrogen for Sustainable Industrial Development: A Policy Toolkit for Developing Countries*, cit., pp. 42f.

⁶⁷ See e.g. Green Hydrogen Organisation, *Green Hydrogen Standard 2.0*, December 2023, for a reference to the World Bank's environmental and social standards for Indigenous communities (available at <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/environmental-and-social-framework>). Also see the discussion of socio-economic dimensions of sustainability by CREMONESE *et al.*, *The Sustainability of Green Hydrogen: An Uncertain Proposition*, in *International Journal of Hydrogen Energy*, cit., pp. 19429-19431.

⁶⁸ Article 1 and Annex I Reg. 2013/956. In the transitional period until 2026, both direct and indirect emissions shall be reported. In the case of green hydrogen, the latter refer to the electricity employed to produce hydrogen, to be certified according to the criteria laid down by Reg. 2023/1184 or according to the criteria in Annex III.D of Reg. 2023/1773.

6. Conclusions

The three legal dimensions discussed in this contribution are linked to the broader research agenda of comparative law. The many versions of legal pluralism we observe in the Global South risk to be misunderstood as pockets of backwardness delaying the technological innovations required by the low-carbon society. Comparative legal research should explore the institutional conditions allowing alternative knowledge systems to play a leading role in the selection of mitigation and adaptation strategies. If and when these alternative knowledge systems start to be perceived as legitimate, the decolonization debate can be harnessed to develop acceptable syntheses of legal concepts from the Western and non-Western traditions. Finally, pluralistic and decolonized climate strategies will have to confront themselves with the variety of justice principles invoked by each community.

These three legal dimensions help explain the uncertainty surrounding hydrogen projects in the Global South. Usually, economic and geopolitical factors are the main sources of concern. This contribution shows that other causes of uncertainty are no less relevant. These projects pay limited attention to local contexts and do not leave room for discussing alternative understandings of technological innovation. Comparative legal research is needed to develop the kind of global contextualism that can support the low-carbon transition.

Abstract

This contribution explores the meanings of low-carbon innovation emerging from the interaction between legal and non-legal domains. The main argument is that a comparative perspective helps gain a better understanding of interlinked innovation processes. The hydrogen sector is chosen to observe the early development of a new global market in which the interactions between the Global North and the Global South will shape technological choices. The hydrogen strategies in Namibia, South Africa and Brazil are analysed to clarify the impact of three legal dimensions: legal pluralism, adoption or rejection of Western approaches to low-carbon innovation, meanings of hydrogen justice. The main conclusion is that hydrogen investments will be mired in a situation of deep uncertainty until these three legal dimensions are addressed to identify contextualized meanings of low-carbon innovations.

KEYWORDS: Low-Carbon Transition; Comparative Law; Hydrogen Sector; Global South; Legal Pluralism; Decolonization; Energy Justice.

Aldo Berlinguer

*Pubblico e privato nello sviluppo del mezzogiorno:
la vicenda tormentata delle Zone Economiche Speciali*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le zone franche nel mondo: numeri e *trends* – 2.1. ZES e zone franche in Italia: fondamento costituzionale e dinamiche operative – 3. Isole e ZES: il nuovo sesto comma dell'art. 119 della Costituzione – 3.1. *Segue*: l'adeguamento del quadro normativo e la giurisprudenza costituzionale – 4. ZES e specialità statutarie – 5. La disciplina delle ZES: il d.l. n. 91/2017 e la sua progenie – 5.1. La ZES unica per l'intero Mezzogiorno – 5.2. Le principali incongruenze della disciplina ZES ed i correttivi apportati: la volatilità normativa e l'incertezza temporale – 5.3. La specialità diluita – 5.4. L'irragionevolezza dei criteri di dislocazione – 5.5. La sburocratizzazione incompleta – 5.6. Gli incentivi inadeguati – 5.7. I beneficiari esclusi – 6. Indicazioni virtuose dall'estero – 7. Rilievi conclusivi.

1. *Premessa*

Le Zone economiche speciali (ZES) si ascrivono alla più ampia categoria delle zone franche. Di esse esiste, nel mondo, una vastissima varietà. Molte sono anche le agenzie, gli organismi, le istituzioni, pubbliche e private, che si occupano di censire, analizzare, studiare le zone franche. Qualsiasi discorso genericamente intitolato “zona franca” rischia dunque di essere generico, se non del tutto inconferente.

Nel senso comune, per zona franca si intende un luogo nel quale determinate regole non si applicano. E spesso, tra le regole, non si applicano quelle di carattere fiscale, cosicché storicamente molte zone franche hanno sviluppato traffici commerciali e prosperità. In taluni casi, addirittura, alcune zone franche sono state istituite al fine di competere, ad armi impari, con località produttive concorrenti. È nota, ad esempio, la vulgata per la quale i Romani, quando vollero punire chi non aveva combattuto Perseo, istituirono il porto franco di Delo che, attraendo tutto il traffico commerciale, mandò in rovina Rodi¹.

* Il presente studio è stato realizzato anche grazie al contributo di Eurispes e della ZES della Sardegna. Esso è aggiornato al 31.12.2023.

¹ Sul tema, cfr. R.C. HAYWOOD, *Free Zones in the Modern World, World Economic Processing*

Ecco perché le zone franche costituiscono un luogo storicamente deputato a sperimentare nuove interazioni tra pubblico e privato, ridefinendosi, in seno ad esse, molte delle pattuizioni che costituiscono il “contratto sociale” tra individui e potere pubblico, sulla base di un programma comune che individua obiettivi, tempi e modi per raggiungerli. Su questa stessa base, poggia infatti la “selezione” degli operatori economici e dei contribuenti che vengono avvantaggiati rispetto a chi si trova all'esterno del territorio agevolato, sulla base del principio di ragionevolezza². Le zone franche, e le ZES in particolare (soprattutto nel modello italiano), mettono infatti in discussione il tema dei diritti e dell'eguaglianza sostanziale dinanzi alla legge, poiché statutariamente distinguono tra chi si colloca al loro interno e chi al di fuori, ed applicano solo ai primi importanti benefici economici, fiscali e amministrativi. È evidente, quindi, secondo i detrattori delle ZES, che esse sono suscettibili di generare diseguaglianze. Quando, invece, chi le apprezza sostiene il contrario: esse divengono strumento per compensare - non amplificare- diseguaglianze già esistenti, tra chi opera in un'area economicamente svantaggiata, magari nel Sud Italia, e chi in aree più progredite, come avviene al Nord.

All'interno delle zone franche assume particolare enfasi il problema della crisi della rappresentanza, atteso che la più parte di esse affida i principali poteri regolatori e gestionali ad organi commissariali, spesso anche privati, sottraendoli agli enti territoriali. Il che segna una spiccata prevalenza dei meccanismi di mercato rispetto quelli della rappresentanza e della funzione pubblica.

Le zone franche pongono interrogativi anche sul piano della cosiddetta globalizzazione e della competitività dei diversi ordinamenti nel commercio internazionale. Non a caso la maggior parte di esse si collocano in posizione strategicamente utile ad intercettare i flussi commerciali globali che, come noto, transitano in larga prevalenza via mare. Anche qui, qual è il modello da preferire, nella competizione internazionale, tra le imprese dei cosiddetti paesi autocratici, che operano in stretta sinergia con lo Stato, e le imprese dei paesi occidentali, che sulla base del modello di mercato concorrenziale e regolamentato che abbiamo adottato, dallo Stato si tengono a distanza?

*Zones Association, Publication, CFATF Meeting, Evergreen, Colorado, USA, 2000. Nella stessa pubblicazione, l'autore si diffonde su alcune definizioni comuni di zona franca, operando del distinguo: «Free Trade Zones or Zonas Francas in Spanish are not well named. They are not free, they are not focused on trade, and as stated above they are not always defined by a zone or geographical areas». V. anche G.F. DALLA COSTA, *Le zone franche nella globalizzazione: definizione, tipologie, percorsi di sviluppo*, Padova, 2006.*

² Sul quale vedi meglio al paragrafo 2.1.

All'interno delle zone franche, quale dei due modelli citati prende il sopravvento?

Le zone franche e le ZES sono inoltre luoghi dove si sperimentano nuove tecnologie e, come è noto, la tecnologia è uno dei fattori che più ha alterato i rapporti tra pubblico e privato. Essendo stata tendenzialmente egemonizzata dagli operatori di mercato, essa ha infatti acuito il divario, in termini di forza, rapidità ed efficacia dei processi sul campo, tra imprese e pubbliche amministrazioni. Che dunque le zone franche possano rappresentare un laboratorio di ridefinizione, anche in termini di forza, dei rapporti tra Stato e mercato?

Non parliamo poi dei profili giuslavoristici che, nelle zone franche, assumono una connotazione del tutto peculiare. Sono note, infatti, le rimostranze di molte rappresentanze sindacali che lamentano il fatto che alcune zone sono istituite grazie a capitali esteri e costituiscono vere e proprie fortezze inaccessibili, che spesso non consentono neppure di poter comprendere quali e quanti rapporti di lavoro si vengono creando al loro interno e quali siano le effettive condizioni del loro espletamento. Nell'epoca della cosiddetta *great resignation*, cioè del rifiuto dei lavori con salari inadeguati, l'Organizzazione mondiale del lavoro punta il dito sulle zone franche sospettando che al loro interno si annidi lo sfruttamento dei lavoratori.

Insomma, in quanto luoghi d'eccezione, ove non si applicano buona parte delle regole comuni, le zone franche e le ZES rappresentano peculiari laboratori di sperimentazione di nuovi rapporti, tra pubblico e privato, Stato e mercato, che lasciano sul campo molteplici interrogativi e che solo per la loro dimensione circoscritta ed eccezionale spesso sfuggono al dibattito pubblico venendo considerate come esperienze, in fondo, scarsamente rilevanti.

2. Le zone franche nel mondo: numeri e trends

Zone franche e zone economiche speciali sono strumenti tutt'altro che marginali. Se ne annoverano, nel mondo, diverse migliaia, con quasi 100 milioni di addetti. E la *trend* segna una loro progressiva diffusione da oltre cinquant'anni.

Sono però tante le zone franche e di diversa tipologia; la dottrina economico-giuridica le ha genericamente ricondotte a due macro categorie: le zone franche cd. classiche, connotate dall'esonero della tariffa doganale

e in taluni casi di alcune imposte indirette (come il Porto di Amburgo) e le zone franche d'eccezione, di attrazione di impresa, caratterizzate da semplificazioni burocratiche, amministrative e da importanti agevolazioni fiscali, oltre ad altri benefici di carattere economico e sociale. Ve ne sono però ancora di altri tipi ed è facile, quanto fuorviante, generalizzare³.

Oggi, Wepza⁴, un'agenzia creata dall'ONU negli anni settanta, cataloga e studia le zone franche, valutandone l'impatto sullo sviluppo e sull'occupazione. Altri soggetti preferiscono un approccio più operativo, volto alla promozione e diffusione delle zone franche⁵. La Banca Mondiale usa la definizione di Zone Economiche Speciali (*Special Economic Zones*, SEZs o ZES) per comprendervi una varietà di zone franche: per commercio, manifattura e servizi da esportare, specializzate o multiuso, ecc. Le ZES sono definite come aree delimitate, amministrate da un solo soggetto, dove alle imprese sono offerte esenzioni di varia tipologia: diritti doganali, incentivi fiscali, procedure amministrative semplificate e altre facilitazioni. Un'ampia rassegna di ZES è contenuta nei rapporti del *Foreign Investment Advisory Service* (FIAS della Banca Mondiale), ove spiccano le ZES funzionali alla manifattura per esportazione (*Export Processing Zones*, EPZs). Più recentemente è stata sviluppata una tipologia ancora più complessa per molteplicità degli obiettivi, varietà delle attività (manifattura, ma anche servizi, turismo), estensione ad intere aree geografiche vaste e non più ad *enclaves* di decine o centinaia di ettari. Si tratta dei *Freeport*⁶.

Anche le *performances* delle varie tipologie di zona franca sono largamente studiate e monitorate. Gli studi disponibili spaziano dall'analisi empirica del singolo caso a quella complessiva, con tentativi di generalizzazione delle conclusioni e con indicazioni per i decisori politici⁷. Basti far riferimento, anche qui, agli studi più recenti prodotti dalla Banca Mondiale e dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO), per avere un quadro relativamente esaustivo, anche se l'angolo di visuale dei due enti è

³ Efficaci i distinguo di C. BUCCICO, *Il fondamento giuridico delle zone franche urbane e l'equivoco con le zone franche di diritto doganale*, in *Justice Cooperation Peace*, Napoli 2010, vol. 2, pp. 811-854

⁴ <<http://www.wepza.org>>.

⁵ Tra questi, l'Organizzazione non governativa con sede a Ginevra, FEMOZA, <<http://www.femoza.org>>.

⁶ T. FAROLE, G. AKINCI, *Special economic zones, progress, emerging challenges and future directions*, WB 2011.

⁷ D. BRAUTINGAM, T. XIAOYANG, *African Shenzhen: China's special economic zones in Africa*, in «The Journal of Modern African Studies», 2011, n. 49, pp. 27-54. Cfr. anche T. FAROLE, *Special Economic Zones in Africa: comparing performance and learning from global experience*, World Bank Publication, 1 gennaio 2011.

appena diversificato. La Banca Mondiale concentra analisi e conclusioni sul contributo delle ZES allo sviluppo nel medio e nel lungo periodo di singoli Paesi e di aree geopolitiche del mondo. ILO censisce invece e monitora periodicamente le ZES con l'obiettivo di verificare soprattutto le condizioni dei lavoratori (retribuzioni, orari, diritti sindacali, sicurezza, impatti sull'ambiente, etc). Così anche altri Enti e studiosi, che hanno messo in evidenza condizioni di lavoro non sempre rispettose dei diritti dei lavoratori, in buona parte donne. L'UNIDO (Organizzazione delle Nazioni Unite per lo sviluppo industriale) ha messo sotto osservazione, in particolare, il ruolo positivo svolto dalle Zone franche nelle economie asiatiche.

Complessivamente, l'occupazione diretta generata dalle ZES ammonta ad oltre 70 milioni di addetti, di cui 40 milioni nella sola Cina. Se il pur elevato numero di occupati è una frazione contenuta del totale dei rispettivi Paesi, il peso di queste zone nelle esportazioni è ben più ragguardevole, oscillando, in media, tra il 40% e l'80% del totale. Quanto alle ricadute sociali, l'ILO ha espresso preoccupazione sul conseguimento di "*decent works*", in numerosi casi, e sulla persistenza di condizioni di *dumping* sociale. Le retribuzioni sono in media più alte all'interno delle ZES ma a fronte di orari più lunghi e diritti sindacali spesso assai compressi. Consistente l'impiego delle donne, come conseguenza della specializzazione in settori (es. tessile e abbigliamento) in cui la produttività del lavoro femminile e la minore retribuzione dello stesso, orientano le assunzioni. Anche l'impatto sull'ambiente appare molto variegato. Non si tratta però solo di "*industrie sporche*". Nel mondo sono nate e stanno crescendo zone specializzate sull'innovazione e sulla *green economy*.

I rapporti curati dall'ILO (*Data Base on Export Processing Zones*) documentano la crescita impetuosa del numero di zone franche nel mondo. Nel 1975 erano appena 79, in 25 Paesi; 176 nel 1986, localizzate in 47 Paesi; nel 1996 sono 845, in 93 Paesi; nel 2005 il numero sale a 3.500, localizzate in 130 Paesi sino alle attuali oltre 5.400 operanti in 147 Paesi⁸. Dati simili sono riportati nei rapporti della Banca Mondiale e in varie pubblicazioni⁹, con un accento in più: è in forte crescita il numero di ZES

⁸ UNCTAD (2019), *World Investment Report: Special Economic Zones*, <https://unctad.org/system/files/official-document/wir2019_en.pdf>. Ad oggi, resta in programmazione per il 2024, a Bari, il forum AICE, nel quale la *World Free Zone Organization* farà convergere in Puglia i rappresentanti di oltre 4.500 ZES e di circa 2.260 *free zones*, dislocate in oltre 140 paesi. È un evento che testimonia la magnitudine di un fenomeno tutt'altro che circoscritto e denso di implicazioni, anche concettuali.

⁹ A. YUCER, J.M. SIROEN, *Trade Performance of Export Processing Zones*, in «The World Economy», vol. 40, 5 maggio 2017, pp.1012-1038.

realizzate e gestite da privati. Fra le 2301 ZES localizzate nelle economie in sviluppo o in transizione, oltre il 60% sono private; nel 1985 erano solo il 25%. Il fenomeno non riguarda solo le economie in via di sviluppo ma anche quelle più avanzate. Negli USA, le SEZ sono oltre 250, per lo più specializzate (automotive, petrolio, elettronica) e funzionali alla riduzione dei costi della logistica più che di quelli diretti della produzione. In Europa le zone censite dall'ILO sono prevalentemente localizzate nelle economie in transizione dei Paesi dell'Europa centrale e orientale¹⁰.

Da notare anche qualche recente, significativa tendenza, specie all'interno del "vecchio continente": le zone franche intese in senso tradizionale stanno progressivamente scomparendo nelle economie sviluppate¹¹. La svolta di economia liberale e di integrazione fra Stati le sta infatti "rimuovendo" dall'area del mondo in cui esse sono nate (basti pensare che il primo porto franco nasce in Italia, a Livorno, nel 1547 e che l'area di Shannon è stata un modello emulato dalle zone franche cinesi) a vantaggio di nuove configurazioni basate sulla specializzazione e sulle nuove tecnologie¹². Le economie

¹⁰ Nei Paesi baltici sono in attività 10 *free zones* e altre 5 sono nella fase di *start up* (Lituania); ZES e *free zones* sono usate in Serbia, Romania, Bulgaria e Croazia. La lista delle Zone franche notificate alla UE è lunga, v. <http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/procedurals_aspects/imports/free_zones/list_freezones.pdf>. Un recente studio condotto dall'Università di Trieste ha prodotto una mappatura completa di tutte le ZES presenti in Europa annoverandone un centinaio, diffuse in 25 Paesi. Ne è risultato un quadro che mostra come la diffusione repentina delle "Economic Zone" (EZ), della quali le "Special Economic Zone" (SEZ) fanno parte, sia concentrata prevalentemente nei paesi del nord e dell'est Europa: Polonia, Lituania, Bulgaria. V. C. MENINNO, *Evoluzione di un territorio. Architettura e infrastruttura. Strategie per uno sviluppo territoriale transfrontaliero in ambito europeo. Scenari territoriali e urbani di integrazione transfrontaliera tra Italia e Slovenia*, EUT Edizioni Università di Trieste, 2022. Nella speciale classifica delle *Global Free Zones of the Year* del 2021 redatta annualmente per stabilire la graduatoria dei risultati e della capacità di crescita, figurano ben 3 ZES europee fra le prime dieci: si tratta di 2 polacche (al 5° e 6° posto, Katowice Special Economic Zone e Łódź Special Economic Zone) e 1 russa (al 8° posto, Kaliningrad Special Economic Zone). Questa classifica è determinata prendendo in considerazione una serie di parametri: incentivi fiscali, infrastrutture materiali, trasporti, servizi, costi.; per il settimo anno consecutivo il primo posto è occupato da Dubai (Dubai Multi Commodities Center, DMCC), segue il Freeport di Mauritius e la Dalian Free Trade Zone (Cina).

¹¹ H. LUO, Z. YU, J. ZHOU, *Report on the Development of the Special Economic Zones in Europe* in Y. TAO, Y. YUAN, (a cura di) *Annual Report on the Development of China's Special Economic Zones* (2019). Research Series on the Chinese Dream and China's Development Path. Springer, Singapore 2022, pp. 199 e ss, <https://doi.org/10.1007/978-981-19-2207-7_10>.

¹² Lo sviluppo delle principali ZES europee mostra il cambiamento accennato; così il Sophia Antipoli Science Park (Francia) si è trasformato da parco industriale dedicato

avanzate tendono infatti ad evitare i complicati processi legali ed istituzionali associati alla creazione delle SEZ ed optano per altri strumenti di promozione degli investimenti, come gli incentivi non fiscali e i parchi industriali¹³.

Le SEZ stanno dunque sperimentando una qualche trasformazione per avvantaggiarsi dei processi di *reshoring*, con l'accorciamento delle catene del valore, la riduzione delle distanze e dell'impatto ambientale delle produzioni, come richiesto dalle direttive ESG¹⁴. Esse sono chiamate ad evolversi coniugando sostenibilità, ossia produzione di energia alternativa (solare ed eolica) e sviluppo di sistemi sostenibili di gestione dei rifiuti, semplificazione, mediante sportelli unici per gli investitori esteri (ma anche conservazione dei dati in cloud e gestione di essi in loco), e integrazione con i territori circostanti, da intendersi anche come capacità di generare innovazione, specie nel campo dell'intelligenza artificiale e delle nuove tecnologie applicate alla produzione, per il tessuto economico circostante. Le SEZ non dovrebbero infatti operare in isolamento ma sviluppare nessi col resto dell'economia nazionale, coinvolgendo i fornitori locali e sviluppando *partnership* strategiche con centri di ricerca ed Università¹⁵.

Anche le zone manifatturiere orientate all'export (EPZs) si stanno evolvendo nel contesto internazionale. Alcuni dei tradizionali programmi di EPZs hanno infatti avuto successo nell'attrazione di investimenti e creazione di occupazione solo nel breve termine ma si sono rivelati fragili quando sono mutate le condizioni di competizione basate sul costo del lavoro e sugli incentivi. Il numero delle EPZs che sfrutta i consueti vantaggi competitivi (lavoro, fisco, deregolamentazione) sembra forse aver raggiunto il suo massimo fulgore, essendo da ultimo cambiato il contesto macroeconomico che parrebbe premiare le più sofisticate ZES o *Freeports*, con enfasi sui legami strategici, fisici e finanziari con le economie locali¹⁶. Torna quindi in mente il monito di alcuni autorevoli economisti:

all'export in una base locale per l'innovazione (chiamata 'Silicon Valley') mentre altri sono cresciuti come numeri e servizi realizzando condizioni sempre più ottimali (il riferimento è al Porto di Trieste, al porto di Amburgo e alla Shannon Zone).

¹³ *Best practices in investment promotion: An overview of regional state aid and special economic zones in Europe*, OECD Business and Finance Policy Papers, OECD Publishing, Paris, 2023 <<https://doi.org/10.1787/0c8e6ca3-en>>.

¹⁴ *Environmental, Social e Governance* (ESG). V. sul punto, C. TRENTINI, A. SANTOS PAULINO, *ZES a prova di sostenibilità*, url <<https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/ZES-prova-di-sostenibilita-32696>>

¹⁵ *Best practices in investment promotion: An overview of regional state aid and special economic zones in Europe*, cit.

¹⁶ I rapporti dell'ILO sul *trend* in corso prevedono un'espansione del numero delle zone franche nonostante varie resistenze a livello politico ed ostacoli di carattere economico.

«non è l'esistenza di una SEZ, di un Master plan ben fatto o anche di un'infrastruttura pienamente realizzata che farà la differenza nell'attrazione di investimenti, creare lavoro, generare ricadute sull'economia locale, bisogna che lo strumento giuridico sia davvero funzionale ad efficaci politiche industriali»¹⁷. Per attrarre e far sviluppare gli investimenti, garantendo che essi producano benefici all'economia nazionale, occorre dunque creare un ambiente stimolante e competitivo, tenendo conto che: «the classical foundation upon which the competitiveness of SEZs rests – the combination of a (tax) incentive package and a real estate solution for investors – has become obsolete»¹⁸.

2.1. ZES e zone franche in Italia: fondamento costituzionale e dinamiche operative

Le zone franche, in Italia, hanno assunto una conformazione varia, cangiante, molto spesso, alluvionale. Ne sono state sperimentate di vario genere, per lo più come strumenti orientati ad arginare il grado di arretratezza di alcuni territori del Mezzogiorno. E ci si è posto, solo occasionalmente, il tema della loro conformità al dettato costituzionale.

A ben vedere però, la concreta idoneità di una zona franca (o ZES) a

Le resistenze politiche provengono in massima parte dai sindacati dei lavoratori e dalle organizzazioni non governative. Gli ostacoli economici derivano invece dal declino delle ragioni di scambio del manifatturiero e dalla crescente, inesorabile avanzata della Cina, che acquisisce sempre maggiori quote nelle esportazioni mondiali di parecchi beni prodotti nelle EPZs. Tema dirimente resta il rapporto fra le zone dove la produzione di beni e servizi è variamente ma consistentemente agevolata e la crescente apertura ed integrazione dei mercati. L'Organizzazione mondiale per il commercio (WTO), pur rilevando una recente riproposizione di barriere commerciali a livello globale, tende progressivamente a demolire i sussidi all'*export*. Gli accordi regionali (RTAs) tendenzialmente escludono o drasticamente limitano il proliferare dei flussi commerciali provenienti dalle EPZ. Anche l'ILO ne invoca una riduzione.

¹⁷ T. FAROLE, *Special Economic Zones: What Have We Learned*, WB 2011, url <<http://siteresources.worldbank.org/INTPREMNET/Resources/EP64.pdf>>.

¹⁸ «Increasingly, SEZs award a standardised package of incentives that consists of a corporate income tax holiday in combination with preferential import and export duty treatment and other tax exemptions. When striving to diversify their business environment and create unique competitive advantages, SEZs need to move away from overgenerous fiscal incentives that exclusively focus on increasing profit margins. These low-cost and low-tax business environment strategies are easy to copy and replicate and do not equip free zones with a distinctive source of competitiveness». In questi termini, D. VAN DEN BERGHE, *The future of special economic zones – a best practice model*, 2022, url <<https://www.investmentmonitor.ai/comment/future-special-economic-zones-best-practice-model>>.

generare lo sviluppo socioeconomico di un territorio non è solo la cifra dell'efficacia di simili strumenti agevolativi. È anche la ragione giustificatrice della loro istituzione. Le zone franche, ed anche le ZES, in quanto deputate a generare agevolazioni fiscali¹⁹, costituiscono infatti un esperimento complesso che genera dubbi non trascurabili di compatibilità con gli articoli 3 e 53 della Costituzione²⁰, proprio in quanto lo strumento tende a discriminare tra contribuenti non in ragione della loro capacità contributiva ma in virtù del grado di arretratezza economica ed infrastrutturale che caratterizza l'area in cui essi operano²¹. È infatti conseguenza diretta dello strumento agevolativo il fatto che soggetti che hanno conseguito lo stesso reddito e che, magari, dispongono di un patrimonio immobiliare dedicato alla loro attività di pari valore, vengano assoggettati ad un diverso prelievo fiscale solo perché operano in diversi territori²².

Il dato è pacifico e non sembra persuasivo sostenere altrimenti, come

¹⁹ Com'è noto, oltre al credito di imposta, alle imprese che investono nelle ZES è stata accordata, con la legge di stabilità per l'anno 2021 (art. 1, comma 175, l. n. 178/2020), anche una riduzione al 50% delle imposte dirette in regime *de minimis*. Si tratta quindi di un compendio misto di agevolazioni, quelle previste per le ZES, che, per ragioni extrafiscali, interviene riducendo, solo per i beneficiari individuati, l'ordinario prelievo fiscale. «Ciò che caratterizza tali misure, distinguendole da altre figure simili (come le sovvenzioni, i contributi in conto capitale, i contributi in conto interessi, ecc.), è che il beneficio non consiste in un afflusso diretto di danaro in favore dei destinatari, bensì in una riduzione di costi che, nello specifico, si sostanzia in un risparmio fiscale. Sia che si tratti di un'esenzione o di un'esclusione d'imposta, di una detrazione o di una deduzione, di un credito d'imposta o di un bonus fiscale, l'effetto che si produce è sempre quello di una riduzione dell'imposta dovuta, che, di regola (ma non sempre), è a favore di colui al quale l'agevolazione è diretta». Così E. REGGIANI, *Le agevolazioni tributarie*, url <<https://www.amtrassegnatributaria.it/wp-content/uploads/2019/06/LE-AGEVOLAZIONI-TRIBUTARIE-Eleonora-Reggiani.pdf>>. Ovviamente non si considerano invece agevolazioni fiscali quelle prodotte dalla Zone franche doganali (ZFD), incorrendosi piuttosto, in tali casi, nella non applicazione (o sospensione) del tributo per difetto del presupposto soggettivo o territoriale.

²⁰ I quali, in combinato disposto, chiamano tutti -senza sperequazioni- a concorrere alle spese pubbliche unicamente in ragione della loro capacità contributiva e secondo criteri di progressività.

²¹ L'esistenza di un regime tributario differenziato sarebbe giustificata dalla presenza di particolari indici che contraddistinguono in maniera oggettiva un determinato territorio; tra di essi la morfologia di un territorio, l'insularità, l'assenza di infrastrutture. V. sul punto P. BARABINO, *Dalla fiscalità di vantaggio alle ZES* in F. AMATUCCI, C. FONTANA (a cura di), *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, Napoli 2022, p. 179.

²² In argomento, v. A. GIOVANNINI, *Capacità contributiva e imposizione patrimoniale: discriminazione qualitativa e limite quantitativo*, in «Rassegna Tributaria», 2012, pp. 1131 ss; A. FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva nella Costituzione italiana*, in «Diritto tributario e Corte costituzionale», Napoli 2007, 14 ss.

fa invece chi afferma che: «l'impresa che opera nel territorio agevolato manifesta una ridotta capacità contributiva proveniente dalle caratteristiche intrinseche del territorio individuato, nel senso di una capacità contributiva non effettiva, che denota una ricchezza inesistente»²³. Infatti, se così fosse, occorrerebbe tassare in misura minore tutti coloro che vivono in aree meno progredite, dal punto di vista economico e sociale, del Paese. E sarebbe vieppiù impervio giustificare la revoca delle agevolazioni in area ZES, in tutti quei casi in cui, alla scadenza, l'area stessa non dimostra di essere approdata a migliori condizioni operative.

Lo ha ben evidenziato chi ha messo in rilievo come simili misure di carattere fiscale possono portare ad esiti anche paradossali, come tassare in modo differenziato soggetti con capacità contributiva analoga per ragioni che attengono al passato, chiedere un minor prelievo fiscale a coloro che, proprio perché si trovano in aree svantaggiate, godono di un maggior potere di acquisto connesso al proprio reddito, oppure a coloro che si trovano, vista la ubicazione particellare dello strumento ZES, solo a qualche metro di distanza da chi invece soggiace a piena tassazione²⁴. Ecco dunque

²³ Cfr. P. BARABINO, *Le zone franche nel diritto tributario*, cit., pp. 21-22, 35-41 e 142. L'Autore ricorre anche ad un'ulteriore, interessante quanto isolata, argomentazione, quella secondo la quale le zone franche darebbero attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, quarto comma, Cost., in virtù del ruolo che il beneficiario delle agevolazioni riveste, ruolo che consentirebbe di individuare il tributo non nel versamento di una prestazione pecuniaria ma nello svolgimento stesso dell'attività economica in quel territorio (p. 22).

²⁴ A. GIOVANARDI, *Sulla ragionevolezza delle agevolazioni fiscali collegate allo svolgimento dell'attività economica in un determinato territorio: dalle zone franche urbane alla riduzione dell'imposta sul reddito per le nuove iniziative imprenditoriali nelle zone economiche speciali*, in «Giurisprudenza delle imposte», n. 3, 2021, vol. XCIV, *passim*. Lo stesso autore sostiene infatti che: «Il favor del legislatore dipende infatti, come normalmente accade per le agevolazioni [...] da quel che si fa, dal come lo si fa o dal perché lo si fa (e, quindi, dall'evidente nesso con la necessità di dare attuazione ad altri interessi/valori/diritti di rango costituzionale), ma da una variabile esogena rispetto alla forza economica dimostrata dal soggetto passivo di imposta: il disagio della zona in cui svolge la sua attività economica. L'assunto, non potrebbe essere diversamente, è quindi duplice: da una parte, l'idea che fare impresa in queste aree urbane è talmente oneroso e complicato da mettere in secondo piano, dal punto di vista della loro rilevanza impositiva, i risultati economico-reddituali che comunque si riescono a ottenere; dall'altra, il convincimento che, comunque, le anzidette agevolazioni possano trovare giustificazione nell'esigenza di meglio garantire la coesione territoriale alla cui salvaguardia e realizzazione il disegno costituzionale indubbiamente tende [basti pensare alla disciplina della perequazione, riservata, ex art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., allo Stato]». Condivide l'impostazione A. VIGNOLI, *ZES: tra credito di imposta e assenza di agevolazioni fiscali di carattere sistematico*, in F. AMATUCCI, C. FONTANA (a cura di), *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e*

un importante assunto sul quale richiamare l'attenzione del legislatore: l'individuazione di un'area da adibire a ZES deve poggiare sul principio di ragionevolezza, su cui tanto ci ha detto la Corte costituzionale²⁵.

In altri termini, deve trattarsi di misure agevolative ben ponderate e calibrate su specifici territori, almeno puntualmente individuati, se non fisicamente interclusi. E misure effettivamente suscettibili di determinare, in quegli stessi territori, positive ricadute socioeconomiche ed una progressiva riduzione del loro divario di sviluppo; argomento questo sul quale, tuttavia, non esistono previsioni o riscontri univoci²⁶.

Nel caso delle ZES italiane; lo strumento è apparso, a priori, potenzialmente rispondente al principio di ragionevolezza. Anche la Corte dei Conti, chiamata ad esprimersi sul rapporto che illustra gli esiti dell'intervento PNRR in punto di «*Investimenti infrastrutturali per le Zone Economiche Speciali – ZES*», ha approvato il predetto rapporto evidenziando come sia stato seguito un percorso celere, coerente con gli obiettivi previsti. Essa ha, al contempo, rimarcato che la realizzazione degli investimenti programmati rappresenta solo un obiettivo intermedio e che la realizzazione di uno Sportello Unico Digitale resta decisiva al fine di offrire alle imprese interessate un unico interlocutore, capace di dare risposte celeri²⁷. Proprio ciò che si attendono coloro che vogliono avviare investimenti e pongono la rapidità e la chiarezza amministrativa ai primi posti nell'ambito dei programmi di scelta.

Non sono però mancati ostacoli e difficoltà, alcune delle quali indotte proprio dalla lentezza e mutevolezza dei processi regolatori intrapresi. È vero infatti che taluni investimenti, nelle ZES, sono stati effettuati con

finanziari nazionali, Napoli 2022, p. 79; l'A. evidenzia, tuttavia, il carattere estemporaneo ed episodico degli strumenti ZES sinora adottati dal legislatore.

²⁵ Moltissimi sono i contributi sul principio di ragionevolezza, basti ricordare quantomeno G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in «Enc. dir.», Agg., I, Milano 1997, p. 899 e s., G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Roma 2000, M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Napoli, 2007, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, paper presentato alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 24-26 ottobre 2013, url <www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013>.

²⁶ Sul punto, cfr. G. RIVETTI, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico agevolazioni tributarie e semplificazioni amministrative*, in «Riv. tel. dir. trib.», 8 ottobre 2021.

²⁷ Corte dei Conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, delib. n. 46/2022/G.

procedure amministrative relativamente celeri, a riprova del fatto che se la PA funziona a dovere, l'economia si sviluppa²⁸. Ma non è dimostrabile che gli investimenti siano stati determinati dai benefici, amministrativi e fiscali, che la disciplina sulle ZES ha introdotto²⁹. Anzi, alcuni sostengono che la maggioranza degli investimenti sia stata effettuata da imprese già insediate nelle aree ZES, mentre nuovi investitori, specie provenienti dall'estero, hanno spesso lamentato lentezze burocratiche ed incertezza normativa³⁰.

Oggi, nel momento stesso in cui l'indirizzo politico spinge verso la realizzazione di una ZES unica per l'intero Mezzogiorno (come meglio si vedrà in seguito), l'esigenza di giustificare le agevolazioni fiscali in base ad un piano di riscatto effettivo dell'area agevolata, documentato negli obiettivi, tempi e modalità di realizzazione degli stessi, appare ancor più stringente e ineludibile.

3. Isole e ZES: il nuovo sesto comma dell'art. 119 della Costituzione

La disciplina relativa alle ZES deve anche rapportarsi ad altre norme costituzionali che a diverso titolo incidono sulla materia; specie quelle che si rivolgono allo sviluppo socioeconomico di taluni territori e recentemente hanno subito modifiche molto rilevanti. Tra queste vi è l'art. 119, c. 6 nella nuova formulazione introdotta, mediante la legge costituzionale di iniziativa popolare, nel luglio 2022³¹. Ai sensi di detta disposizione la

²⁸ Il Sole 24 Ore riferisce infatti di autorizzazioni concesse in tempi record, 6 giorni nella ZES interregionale adriatica e 15 in quella calabrese, v. *Le ZES del Sud attirano 412 domande dalle imprese*, Il Sole 24 Ore, 12.03.2023, Imprese e Territori, p. 10.

²⁹ Sono queste alcune valutazioni che lo stesso Ministro per il Sud e PNRR ha svolto a margine dell'introduzione della nuova disciplina della ZES unica. Esso ha infatti evidenziato come tutte le otto ZES istituite abbiano formalizzato, nella loro esistenza solo 121 autorizzazioni uniche. Si è dunque chiesto il Ministero quali risultati avrebbe prodotto una iniezione di risorse e competenze nei meccanismi ordinari della PA in luogo di quella avvenuta a vantaggio dei nuovi sportelli unici ZES, i quali si sono aggiunti ai già esistenti SUAP con anche qualche onere di coordinamento in più.

³⁰ Nella ZES adriatica, ad esempio, si è assistito al caso di una società inglese che intendeva avviare un progetto da 23 mln ma i ritardi e i dinieghi degli enti preposti hanno spinto la società ad abbandonare l'investimento. V. *ZES Adriatica, troppa burocrazia: l'azienda inglese dà l'ultimatum*, Il Sole 24 Ore, 11.11.2022, Sud, p. 5.

³¹ Legge costituzionale 7 novembre 2022 n. 2, *Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità*, pubblicata nella Gazz. Uff. 15 novembre 2022, n. 267. In argomento, v. G.G. CARBONI, *La stagione dell'insularità* in «Federalismi.it», 2022, n. 22,

Repubblica: «riconosce le peculiarità delle isole» e «promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità».

La formulazione originaria della proposta di legge prevedeva che lo Stato fosse tenuto a riconoscere «il grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità» e a disporre «le misure necessarie a garantire un'effettiva parità e un reale godimento dei diritti individuali e inalienabili». Il testo è stato però modificato ed alcuni elementi di novità, rispetto alla versione iniziale, sono stati introdotti *in itinere*. Si è dunque previsto che: è la Repubblica, e non soltanto lo Stato, a farsi carico dell'intervento pubblico in favore delle Isole; il riconoscimento riguarda le «peculiarità delle Isole» (e non più il «grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità»); la Repubblica «promuove» (nel precedente testo lo Stato disponeva) misure per rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità; viene meno il riferimento all'effettiva parità e reale godimento dei diritti individuali e inalienabili.

In buona sostanza, abbiamo adesso un principio, una norma programmatica, inserita in Costituzione, che tenta di compensare il divario di sviluppo derivante dalla condizione di insularità. Cioè un contenitore che però deve, da una parte, essere riempito di contenuti, dall'altra armonizzato con quanto già previsto in sede europea, in particolare all'art. 174 TFUE, ove la condizione insulare è contemplata tra gli elementi 'attenzionati' ai fini della riduzione del divario nello sviluppo economico e sociale delle regioni meno favorite³². In particolare il Parlamento Europeo, sin dal 2016, ha richiesto alla Commissione di: i) fornire una definizione chiara del tipo di svantaggi geografici, naturali e demografici permanenti che le regioni insulari possono presentare con riferimento all'articolo 174 TFUE; ii) spiegare come intende dare attuazione al disposto dell'articolo 174 TFUE relativamente agli svantaggi permanenti delle regioni insulari; iii) riconoscere l'importanza di predisporre misure di sostegno per contrastare il significativo *trend* di spopolamento delle regioni insulari; iv) avviare un'analisi sui costi supplementari che la condizione di insularità determina a

pp. 20-30, EAD., *L'insularità e i suoi costi* in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2022, pp. 59-76, G. DEMURO, *Le isole tornano in Costituzione* in «Quaderni costituzionali», 2022, pp. 901-904, T.E. FROSINI, *Per una ri-costituzionalizzazione del Mezzogiorno e delle isole* in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2022, pp. 1-9, ID., *Il diritto costituzionale all'insularità* in «Federalismi.it», 16.11.2022; C. BASSU, *Isole del Sud nell'Europa delle Regioni. Il principio di insularità negli ordinamenti di Italia, Spagna e Portogallo come «questione meridionale»* in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2022, pp. 77-92.

³² G. ARMAO, *The perspective of insularity in EU Law* in «Federalismi.it», 2023, n. 22, 13-47.

livello dei sistemi di trasporto di persone e merci e dell'approvvigionamento energetico nonché in termini di accesso al mercato, in particolare per le PMI; v) istituire una categoria omogenea, composta dai territori insulari, e a tener conto di altri indicatori statistici, oltre al PIL, in grado di riflettere la vulnerabilità economica e sociale conseguente agli svantaggi naturali permanenti; vi) porre in essere un "Quadro strategico dell'Unione per le isole", al fine di collegare gli strumenti suscettibili di produrre un impatto significativo sul territorio; vii) istituire uno "sportello isole" collegato alla Direzione generale della Politica regionale e urbana della Commissione e per coordinare e analizzare le tematiche connesse alle regioni insulari; viii) presentare una comunicazione contenente una "Agenda per le regioni insulari dell'UE" e, a seguire, un Libro bianco che monitori lo sviluppo delle regioni insulari; ix) tener conto della situazione specifica delle regioni insulari in sede di preparazione della proposta relativa al quadro finanziario pluriennale in elaborazione³³.

Da ultimo, sempre il Parlamento è tornato sull'argomento ricordando che l'Unione europea riconosce l'insularità come uno svantaggio strutturale permanente e sottolineando l'importanza di migliorare i collegamenti attraverso le rotte marittime, l'accesso ai porti e i servizi di trasporto aereo; potenziare le infrastrutture digitali; rafforzare l'offerta di istruzione; tener conto dei rischi naturali connessi al cambiamento climatico; ridurre la tassazione e procedere a una semplificazione amministrativa per attrarre gli investimenti; considerare gli oneri sostenuti da talune realtà insulari in relazione ai flussi migratori³⁴. Sono intervenuti sul tema anche il Comitato europeo delle regioni, con un parere reso nel corso della 123^a sessione plenaria dell'11 e 12 maggio 2017, dal titolo «L'imprenditorialità nelle isole: il contributo alla coesione territoriale». E il Gruppo interregionale «regioni insulari», nell'ambito del quale è stato approvato un Manifesto per le isole europee, finalizzato all'attuazione dell'art. 174 del TFUE e a rendere effettivi i diritti dei cittadini che abitano nelle isole³⁵.

³³ In questi termini, Risoluzione del 4 febbraio 2016 sulla condizione di insularità (2015/3014(RSP), url <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2016-0049_IT.html>.

³⁴ In questi termini la "Risoluzione del Parlamento europeo del 7 giugno 2022 sulle isole dell'UE e la politica di coesione: situazione attuale e sfide future" (2021/2079(INI)), url <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0225_IT.html>.

³⁵ Insomma, molteplici atti di *soft law* sembrano voler riportare al centro dell'agenda politico istituzionale europea il tema dell'insularità, in attesa che norme cogenti, previa definizione delle isole, introducano misure perequative con ricadute apprezzabili sulla vita dei destinatari. In ciò, l'*acquis communautaire* ancor oggi assomiglia dunque più ad un manifesto di buone intenzioni che ad un ventaglio di politiche effettive con esiti concreti.

In buona sostanza, le istituzioni europee evidenziano all'unisono, negli ultimi dieci anni, la necessità di attenzionare alcune peculiarità comuni alle isole che possono essere sommariamente riassunte in geografiche, climatiche e morfologiche. Queste ultime concorrono a formare un ambiente complesso e a tratti inospitale che si caratterizza per molteplici, evidenti vulnerabilità, anche antropiche e demografiche, ed in un conseguente gap culturale, infrastrutturale, economico e sociale rispetto ai limitrofi territori continentali ed alle regioni di riferimento. Si registrano dunque ritardi e lacune, anche gravi, sul piano di molti servizi essenziali, dalla formazione, alla sanità, dalla mobilità, alla giustizia. Tant'è che, ancor prima della modifica dell'art. 119 c. 6 Cost, le isole maggiori avevano provveduto a commissionare studi volti a calcolare i c.d. costi dell'insularità. In due analisi socioeconomiche in particolare, detti costi sono stati stimati rispettivamente in 5.700 euro annui, come decremento del PIL/*pro capite* per la Sardegna³⁶ e in 2.123 per la Sicilia³⁷.

3.1. (Segue) *l'adeguamento del quadro normativo e la giurisprudenza costituzionale*

Già il previgente principio di insularità, espunto dalla Costituzione in occasione della riforma del titolo quinto, nel 2001, aveva lungamente stentato a trovare conferma in politiche che ne garantissero ricadute concrete. La l. n. 42/2009, in materia di federalismo fiscale, all'art. 16, comma 1, lett. c), aveva infatti reso necessario «tener conto delle specifiche realtà territoriali, con particolare riguardo alla realtà socio-economica, al *deficit* infrastrutturale, ai diritti della persona, alla collocazione geografica degli enti, alla loro prossimità al confine con altri Stati o con regioni a

Sul punto, cfr. A. BERLINGUER, *L'Italia, le isole, il Mediterraneo: una questione irrisolta* in «DPCE Online», 2023, n. 3, pp. 2807-2822.

³⁶ Questo dato viene definito “tassa dell’insularità” nello studio condotto dall’Istituto Bruno Leoni, v. C. AMENTA, C. STAGNARO, L. VITALE, *Il costo dell’insularità. Il caso della Sardegna*, studio n. 189 del 24.08.2020, url <<https://www.brunoleoni.it/il-costo-dell-insularita-il-caso-della-sardegna>>.

³⁷ V. documento “Stima dei costi dell’insularità per la Sicilia”, lavoro concluso il 21.10.2020, url <<https://pti.regione.sicilia.it/portal/pls/portal/docs/152367673.PDF>>. Nel 2023 il servizio studi della Regione ha realizzato un dossier sul riconoscimento degli svantaggi derivanti dalla condizione di insularità, documento n. 3/2023, <<https://www.ars.sicilia.it/sites/default/files/downloads/2023-03/Documento%203%20-%20202023%20Dossier%20sul%20riconoscimento%20degli%20svantaggi%20derivanti%20dalla%20condizione%20di%20insularit%C3%A0.pdf>>.

statuto speciale, ai territori montani e alle isole minori, all'esigenza di tutela del patrimonio storico e artistico ai fini della promozione dello sviluppo economico e sociale». Nei fatti, però, detta previsione è rimasta lettera morta, anche perché, all'atto pratico, risultava difficile giustificare, o quanto meno quantificare, l'intervento pubblico solidaristico laddove il gettito fiscale non è in grado di assicurare i servizi essenziali, senza previamente portare a compimento il processo di definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), concernenti i diritti civili e sociali, dei fabbisogni e dei costi *standard*.

Basti guardare alla Regione Sardegna, alla quale il d.l. 25/11/2015, n. 185 (Misure urgenti per interventi nel territorio), all'art. 10, ha attribuito 30 milioni di euro per il 2015 al fine di «garantire un completo ed efficace sistema di collegamenti aerei da e per la Sardegna, che consenta la riduzione dei disagi derivanti dalla condizione di insularità e assicuri la continuità del diritto alla mobilità anche ai passeggeri non residenti». Mentre la l. 27/12/2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018), all'art. 1, comma 837 ha affidato a un Comitato istruttore paritetico Stato-regione il compito di svolgere un'istruttoria finalizzata all'estensione alla Sardegna di sistemi di aiuto già previsti per le regioni ultra-periferiche di altri Stati membri dell'Unione europea (art. 349 TFUE). E ciò proprio «[i]n considerazione della condizione di insularità della Sardegna, che ne penalizza lo sviluppo economico e sociale». Detta norma doveva armonizzarsi con analoga previsione normativa di rango regionale (art. 4, comma 5, l. Regione Sardegna n. 5 del 2017) che demandava alla Giunta sarda la predisposizione di un «documento esplicativo per la definizione, nel rispetto delle vigenti procedure, delle necessarie modifiche ed integrazioni al trattato di adesione dell'Italia all'Unione europea, da proporre allo Stato, previa approvazione del Consiglio regionale, perché alla Sardegna sia riconosciuto in ambito europeo lo status di regione insulare ed i connessi regimi derogati di aiuto previsti per le regioni ultra periferiche, finalizzati anche alla realizzazione di un sistema effettivo di continuità territoriale per l'integrazione con le reti nazionali ed europee dell'energia, delle telecomunicazioni e dei trasporti». Detto documento, però, non è stato mai redatto ed ha lasciato la previsione normativa priva di alcun effetto concreto.

Altre norme nazionali sono intervenute, nel corso degli anni, per compensare alcuni costi riconducibili alla dimensione insulare sarda, come, ad esempio, la l. 27/12/2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018) che, all'art. 1, comma 851, riconosce un contributo, pari a 15 milioni di euro, nell'anno 2019, «nelle more della definizione dei complessivi

rapporti finanziari fra lo Stato e la Regione Sardegna che tenga conto, tra l'altro, delle sentenze della Corte costituzionale n. 77 del 2015 e n. 154 del 2017, anche in considerazione del ritardo nello sviluppo economico dovuto all'insularità». Anche la l. 27/12/2019, n. 160 (legge di bilancio per il 2020), all'art. 1, comma 867, ha previsto l'istituzione di un «tavolo tecnico-politico per la definizione degli svantaggi strutturali permanenti derivanti alla Sardegna dalla sua particolare condizione di insularità come enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 6/2019 e degli strumenti compensativi più idonei alla loro rimozione in ossequio ai principi di uguaglianza, coesione territoriale e pari opportunità». E proprio in attuazione di quel dettato normativo, il 7 novembre 2019, lo Stato e la Regione Sardegna hanno stipulato un accordo in materia di finanza pubblica volto, *inter alia*, a stanziare risorse aggiuntive per plurimi interventi di manutenzione straordinaria di strade, scuole, altri immobili, oltre a beni culturali ed aree di interesse pubblico.

Non avendo dato corso a quell'impegno, il 7 novembre 2021, lo Stato e la Regione hanno stipulato un nuovo accordo di finanza pubblica, i cui punti essenziali sono i seguenti:

- nuova fissazione del contributo di finanza pubblica della Regione Sardegna, pari a 306,4 milioni di euro l'anno (art. 2);
- attribuzione alla Regione Sardegna di un contributo «da destinare alla compensazione degli svantaggi strutturali derivanti dalla condizione di insularità» pari a 66,6 milioni di Euro per il 2021 e a 100 milioni di Euro l'anno a decorrere dal 2022 (artt. 3 e 4);
- avvio del «tavolo tecnico-politico di cui al punto 10 del citato Accordo del 7 novembre 2019» (art. 4);
- partecipazione della Regione ai lavori della Commissione tecnica per i «Fabbisogni Standard» della pubblica Amministrazione (art. 5);
- obbligo di aggiornamento dei termini dell'accordo entro il 30 giugno 2025.

Ebbene, anche in questo caso, solo tre riunioni hanno fatto seguito a quell'accordo, nelle date dell'8 febbraio, dell'8 e del 15 marzo 2022. Dopodiché, nonostante le sollecitazioni della Regione Sardegna, quel tavolo non è stato più convocato.

Per questo ed altri motivi, in data 27 febbraio 2023, la Regione Autonoma della Sardegna ha adito la Corte costituzionale al fine di dichiarare l'illegittimità:

- dell'art. 1, commi 494 e 495, della l. 29 dicembre 2022, n. 197,

- pubbl. in G.U., 29 dicembre 2022, n. 303, S.O., nella parte in cui, nel triennio 2023-2025, non riconosce alla Regione autonoma Sardegna adeguate risorse per garantire un completo ed efficace sistema di collegamenti aerei da e per la Sardegna;
- dell'art. 1, comma 496, della l. n. 29 dicembre 2022, n. 197, pubbl. in G.U., 29 dicembre 2022, n. 303, S.O., nella parte in cui non prevede che le modalità e i criteri per l'utilizzo del fondo di cui al comma 494 sono stabilite «previa intesa con le Regioni interessate» o, in via del tutto subordinata, «sentite le Regioni interessate».

Il ricorso è ancora pendente dinanzi alla Consulta. Ma dalla vicenda complessivamente intesa emerge la necessità, per lo Stato italiano, di avviare un percorso di leale collaborazione con la Regione autonoma della Sardegna al fine di recepire le istanze provenienti da quel territorio e valorizzare appieno le sue potenzialità. Ciò, già prima della modifica dell'art. 119, 6 comma della Costituzione. Oggi, a valle del nuovo principio di insularità, per come sopra descritto e argomentato, quest'obbligo diviene ancor più cogente e più stringente la necessità di riconoscere le peculiarità delle isole e di rimuovere gli svantaggi dell'insularità mediante tutti gli strumenti di sviluppo territoriale a disposizione. Tra questi, non possono pretermettersi le ZES, che debbono assumere una conformazione ed una caratura adatte a valorizzare e sviluppare le potenzialità delle isole, dopo aver recepito appieno le loro istanze mediante il mantenimento e lo sviluppo di tutti i presidi di sviluppo locale, compresi, come si vedrà meglio in seguito, i Commissari governativi all'uopo nominati.

4. ZES e specialità statutarie

Nel momento stesso in cui si decide di attivare una ZES nel territorio di una Regione a statuto speciale, tante altre sono le considerazioni che dovrebbero essere esaminate e ancor più complesso diviene il compito per il legislatore nazionale.

Abbiamo accennato sopra all'art. 8 dello statuto regionale sardo (l. cost. n. 3/1948) ed alla nota 'vertenza entrate' tra lo Stato nazionale e la Regione autonoma della Sardegna. Ebbene, detta vicenda, a prescindere da ogni riferimento al principio di insularità, produce effetti non trascurabili anche in ordine alle agevolazioni fiscali che una ZES assegna ai beneficiari che vi si insediano. La predetta norma riconosce infatti alla Regione Sardegna

i 7/10 delle imposte dirette, su persone fisiche e giuridiche, riscosse sul territorio regionale. E l'art. 16 comma 1 del d.lgs. n. 114/2016 -attuativo dello stesso art. 8- prevede che: «Le quote delle entrate spettanti alla Regione sono determinate al netto dei rimborsi e delle compensazioni a favore dei soggetti passivi d'imposta. Dette quote, ove non diversamente disposto, sono devolute dal Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato che procede alla loro erogazione mediante acconti e conguagli».

Ora, è noto quanto annosa, dibattuta ed irrisolta sia la questione dei trasferimenti delle quote di partecipazione ai tributi erariali di spettanza regionale alla Regione Sardegna e quanto essa stia all'origine di un ormai storico, crescente indebitamento della Regione³⁸. Ebbene, previsioni come questa concorrono a complicare il quadro, giacché comportano che, prima di trasferire i 7/10 di competenza regionale alle casse della Sardegna, lo Stato deduca le compensazioni dei crediti di imposta maturati sul territorio sardo. Questo genere di agevolazioni va infatti ad incidere su una vertenza che vede la Sardegna ormai da decenni in grande difficoltà, non avendo lo Stato centrale mai compiutamente adempiuto agli impegni che nel tempo ha contratto, nonostante le tante rivendicazioni e conflitti che nel tempo si sono registrati³⁹.

Dato di fatto è che, quanto a copertura economica, anche i benefici accordati alle imprese in area ZES gravano quasi interamente sulla finanza regionale. Per queste ed altre ragioni, lo Statuto regionale sardo prevede, all'art. 47, che le questioni di interesse regionale devono vedere la presenza - nel Consiglio dei ministri - del Presidente della Regione. La Regione autonoma della Sardegna ha infatti un interesse proprio, tutt'altro che marginale, nella definizione del perimetro, della *governance* e dei benefici economici largiti sul suo territorio non foss'altro perché ne sopporta quasi interamente il costo ed ha tutto il diritto di poter almeno co-decidere su quali obiettivi calibrare la propria spesa pubblica.

Analoghe considerazioni riguardano la Regione siciliana, anch'essa dotata di una sua specialità statutaria che assegna all'ente territoriale buona

³⁸ Sul punto, tra i tanti, cfr. C. PALA, *La Sardegna. Dalla "vertenza entrate" al federalismo fiscale?*, in «Istituzioni del federalismo», n.1/2012, pp. 213 ss.

³⁹ Non a caso, nel 2006, l'allora presidente della Giunta regionale, Renato Soru, addivenne ad un accordo col Presidente del Consiglio Prodi, che prevedeva la rinuncia del 50% delle somme dovute, pari a 5 miliardi di euro, in favore della RAS, in cambio di un aumento della compartecipazione ai tributi erariali. Detti accordi trovarono poi parziale riscontro nei commi 835-839 della legge finanziaria 2007 (l. n. 296/2006). Da notare che, secondo alcuni, anche disposizioni agevolative come la c.d. "cedolare secca" sulle locazioni, comportando una sensibile riduzione dell'Irpef, producono una sensibile ricaduta negativa sulla finanza regionale sarda. Cfr. *Ivi*, p. 238.

parte delle imposte maturate ed esatte sul suo territorio (artt. 36 e 37 R. D. Lgs. n. 455/1946⁴⁰).

Occorre dunque che, nel definire l'assetto della disciplina sulle ZES, quantomeno per ciò che concerne il loro territorio, le Regioni a statuto speciale di Sardegna e Sicilia vengano coinvolte, in un tavolo istituzionale separato, per condividere un progetto comune.

5. *La disciplina delle ZES: il d.l. n. 91/2017 e la sua progenie*

Come sappiamo, le Zone economiche speciali (ZES) sono state per la prima volta regolamentate, in Italia, col d.l. n. 91/2017, denominato "*Resto al sud*", il quale ha introdotto questo nuovo strumento richiamandosi alla normativa europea. Il comma 2 dell'art. 4 del Decreto testualmente recitava: «Per ZES si intende una zona geograficamente delimitata e chiaramente identificata, situata entro i confini dello Stato, costituita anche da aree non territorialmente adiacenti purché presentino un nesso economico funzionale, e che comprenda almeno un'area portuale con le caratteristiche stabilite dal regolamento (UE) n. 1315 dell'11 dicembre 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (TEN-t)». Com'è noto, quest'ultima (acronimo inglese TEN-t, *Trans-European Network – transport*) aveva subito un'importante evoluzione proprio a seguito dell'adozione del Regolamento UE n. 1315/2013, il quale poneva lo sviluppo ottimale della rete su una struttura a due livelli consistente in una rete globale (*comprehensive*), intesa come struttura in grado di consentire la connettività di tutte le regioni dell'Unione ed una centrale (*core*), intesa come quella parte della rete globale strategicamente più importante.

Salvo rare eccezioni riguardanti le poche Regioni sprovviste di porti *core* o *comprehensive*, la normativa prevedeva che ciascuna Regione potesse presentare, al massimo, due proposte di istituzione di ZES «ove [siano] presenti più aree portuali che abbiano le caratteristiche richieste» (art. 4, c. 4 *bis*). Inoltre, le misure previste dal citato decreto erano state destinate solo alle «regioni meno sviluppate e in transizione, così come individuate dalla normativa europea, ammissibili alle deroghe previste dall'articolo 107

⁴⁰ Queste disposizioni sono attuate rispettivamente dagli artt. 2 e 7 del D.P.R. n. 1074/1965 (Norme di attuazione dello Statuto della Regione siciliana in materia finanziaria) e da successivi decreti ministeriali.

del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea». Il che circoscriveva ulteriormente il novero dei beneficiari alle Regioni del centro-sud Italia, isole comprese⁴¹.

In ogni caso, gli enti territoriali tributati del potere di individuare la ZES e prevederne estensione, caratteristiche vocazionali, in termini di attività produttive presenti o previste, relazioni funzionali con il porto e presenza di ulteriori infrastrutture (aeroporti, snodi logistici intermodali, interporti, *distriparks* ecc.), erano le Regioni, che potevano chiedere l'istituzione di una ZES, anche in via associata tra loro, a fronte della redazione di un piano di sviluppo strategico da proporre alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'emanazione del DPCM finale, istitutivo di ciascuna Zona economica speciale (art. 4, c. 5). Le Regioni rappresentavano quindi i principali attori almeno nella fase del concepimento delle ZES e della missione che esse avrebbero dovuto compiere. Una volta terminato l'iter di istituzione, la Regione perdeva però la sua primazia a tutto vantaggio di nuovi, significativi poteri che venivano attribuiti al Commissario governativo che gestiva le ZES (prima ancora al Presidente della locale Autorità di sistema portuale) e presiedeva il Comitato di indirizzo (art. 4 c. 6).

La disciplina prevedeva, oltre alle agevolazioni amministrative, incentivi economici, in termini di credito di imposta sugli investimenti, inizialmente previsto entro la soglia massima di 50 milioni di euro di investimento⁴². L'intensità dell'agevolazione, comunque calibrata in base alla dimensione dell'impresa richiedente, non poteva superare le soglie determinate dalla Carta degli aiuti a finalità regionale. Lo stanziamento, inizialmente, è stato esiguo (complessivi 206 milioni di euro per le annualità 2018-2020) ma altre risorse finanziarie si sono aggiunte in prosieguo di tempo⁴³.

Trattandosi espressamente di credito di imposta, è evidente che esso coincide con la necessità di controbilanciare lo svantaggio competitivo di talune aree del centro-sud Italia ricadenti nell'obiettivo *Convergenza* mediante risorse provenienti dall'erario pubblico. Diverso sarebbe stato se si fosse ricorsi alla non applicazione di tributi, nelle aree incluse nella ZES, per difetto del presupposto soggettivo o territoriale. Ciò che sostanzialmente accade nelle zone franche di carattere puramente doganale. Qui, emerge invece il delicato temperamento tra obiettivi di politica di concorrenza

⁴¹ Otto in tutto: Abruzzo, Molise, Basilicata, Puglia, Campania, Calabria, Sicilia e Sardegna.

⁴² Il limite massimo di investimento è stato innalzato a 100 milioni di euro dal d.l. n. 77/2021.

⁴³ La legge di bilancio 2023 (art. 1 comma 267 l. n. 197/2022) ha prorogato al 31.12.2023 il credito di imposta in area ZES prevedendo 65,2mln a valere sul fondo sviluppo e coesione programmazione 2021-2027.

e obiettivi di coesione economico-sociale; equilibrio che andava mantenuto anche nella fase concretamente applicativa della riforma.

I soggetti beneficiari erano quelli «nuovi o già esistenti, che avviano un programma di attività economiche imprenditoriali o di investimenti di natura incrementale nella ZES» (art. 5 comma 1), che non erano in stato di liquidazione o scioglimento» (art. 5, c. 3, lett. b) e che mantenevano «la loro attività per almeno sette anni all'interno dell'area ZES, a far data dal completamento dell'investimento, pena la revoca dei benefici concessi e goduti» (art. 5, c. 3, lett. a).

Le imprese non erano tenute a spostare la loro sede legale all'interno della ZES; sarebbe bastata solo una unità operativa. Il credito, inoltre, non era rimborsabile atteso che, se ciò fosse stato il beneficio economico, sarebbe stato percepito anche in assenza della produzione di un reddito nella ZES. Esisteva quindi una destinazione del credito vincolata alla compensazione, in vista di una capacità contributiva destinata a crescere proprio grazie ai benefici complessivi elargiti alle imprese per aver insediato almeno parte della loro produzione all'interno della ZES.

Altrettanto vincolata era la permanenza della produzione per almeno sette anni in area ZES, dacché se fossero sopravvenute, nello stesso settennato, impedimenti alla produzione anche a causa di procedure di scioglimento o liquidazione, spontanea o coattiva, l'impresa non avrebbe avuto diritto a percepire il credito di imposta o, se già percepito, avrebbe dovuto restituirlo.

L'intensità d'aiuto era commisurata al 45% dei costi per gli investimenti svolti dalle piccole imprese, al 35% per quelli svolti dalle medie imprese e al 25% per quelli svolti dalle grandi imprese nelle Regioni Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia, Sardegna e Molise. Mentre per l'Abruzzo le percentuali erano: 30% per le piccole imprese, 20 per le medie e 10 per le grandi, come determinato dalla legge di bilancio 2022 al fine di adeguare l'individuazione dei territori alla nuova Carta degli aiuti a finalità regionale 2022-2027⁴⁴.

Questa, per sommi capi, la cornice normativa sulle ZES, la quale però, nel breve periodo in cui è stata vigente, si era andata modificando ed arricchendo a causa di molteplici interventi legislativi che miravano ad accrescere l'attrattività delle zone ricomprese nelle otto ZES istituite nel Mezzogiorno. Il primo decreto attuativo della l. n. 123/2017 (di conversione del d.l. n. 91/2017) è stato emanato nel gennaio 2018⁴⁵, il

⁴⁴ V. art. 1, comma 175, l. n. 234/2021.

⁴⁵ Il primo DPCM ha disciplinato le modalità di istituzione delle ZES, anche interregionali,

secondo (dei due previsti) mai adottato. Al suo posto, si sono susseguiti altri interventi normativi che hanno cambiato volto alle ZES (decreti *semplificazioni* n. 135/2018⁴⁶ e n. 76/2020, legge di bilancio 2020 n. 160/2019), alcuni dei quali poi revocati (come il ‘Piano grandi investimenti nelle zone economiche speciali’⁴⁷).

In corso d’opera si era anche mutata la *governance* delle ZES⁴⁸ individuando come coordinatore un Commissario governativo (al posto del Presidente della locale AdSP). Ma il Governo inizialmente non li aveva nominati, così paralizzando le ZES per oltre un anno⁴⁹. Anche perché, nel frattempo, proprio sul procedimento di nomina dei Commissari, era sorto il solito contenzioso costituzionale con le Regioni (la Sicilia), definito con sentenza n. 187/2021 del 20.09.2021 in cui si dava atto dell’intervenuta modifica del quadro normativo e della conseguenza carenza di interesse a coltivare il ricorso⁵⁰. Le stesse Regioni, peraltro, indicate dalla normativa

la loro durata ed i criteri che regolano l’accesso delle imprese; si tratta del D.P.C.M. n. 12 del 25.01.2018 adottato in attuazione del comma 3 dell’art. 4 d.lgs. 91/2017.

⁴⁶ Nel corso dell’anno 2019, due interventi normativi hanno modificato la disciplina delle ZES di cui agli artt. 4 e 5 del d. lgs. n. 91/2017. In particolare, la legge n. 11/2019 (di conversione del d.l. n. 135/2018) è intervenuta sul citato art. 5 ed ha sostituito l’originaria lett. a) con le attuali lettere da *a* ad *a-sexies*. La nuova normativa è venuta ad incidere, riducendoli, su molteplici termini procedurali, ivi inclusi quelli destinati a procedure di valutazione di impatto ambientale, valutazione ambientale strategica, autorizzazione ambientale integrale, autorizzazione unica ambientale. Si tratta di richiami che il nuovo art. 5 effettua a varie normative senza individuare le disposizioni specifiche. Infatti tali norme prevedono una pluralità di termini diversi che sono spesso concatenati ad altri termini di altre procedure con diverso oggetto.

⁴⁷ V. art. 34, d.l. n. 34/2019, per il quale erano stati previsti 300 mln di euro nel triennio 2019-2021.

⁴⁸ L’art. 1, c. 316, lett. a), della legge di bilancio 2020 ha modificato il comma 6 dell’art. 4 d.l. n. 91/2017.

⁴⁹ Nell’ottobre 2020 l’unico Commissario nominato risultava essere quello della ZES calabrese.

⁵⁰ La Corte Costituzionale ha affermato infatti che: «in prossimità dell’udienza di fronte a questa Corte, il legislatore ha sensibilmente modificato la disciplina relativa alla composizione del Comitato di indirizzo e, in particolare, alle modalità di nomina del commissario straordinario del Governo. [...] La descritta disciplina presenta con ogni evidenza carattere soddisfacente delle doglianze mosse con il ricorso. La Regione Siciliana lamenta, infatti, che il principio di leale collaborazione sarebbe leso dalla scelta di far presiedere il Comitato di indirizzo della ZES da un soggetto nominato «al di fuori di qualsiasi intesa» con la Regione interessata. Le disposizioni sopravvenute, viceversa, introducono una nuova procedura di nomina, nel cui ambito è proprio prevista un’intesa con il Presidente della Regione interessata, ciò che elide l’asserita lesione del principio di leale collaborazione e soddisfa la pretesa della ricorrente. [...] La censura regionale è

come soggetti proponenti, avevano tardato, non poco, a elaborare i piani strategici di ‘concepimento’ delle ZES, contribuendo così a rallentarne l’istituzione⁵¹.

L’avvento del PNRR ha impresso poi un’ulteriore svolta, sotto il profilo della *governance* e del funzionamento delle ZES⁵², così come indicato dal c.d. decreto semplificazioni⁵³, dal c.d. decreto PNRR⁵⁴ e dal c.d. decreto

divenuta, così, priva di attualità ed effettività. Ne consegue l’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale per sopravvenuta carenza di interesse della Regione Siciliana a coltivare il ricorso (sentenza n. 141 del 2016, punto 5.1. del Considerato in diritto).».

⁵¹ L’ultima, in ordine cronologico, è la ZES della Regione Sardegna istituita il 10.12.2021.

⁵² Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è intervenuto anche sotto un altro profilo: destina 630 milioni di euro per investimenti infrastrutturali volti ad assicurare un adeguato sviluppo dei collegamenti delle aree ZES con la rete nazionale dei trasporti, in particolare con le reti Trans Europee (TEN-T), al fine di rendere efficace l’attuazione delle ZES. A queste risorse, sono aggiunti ulteriori 1,2 miliardi di euro che il PNRR riserva a interventi sui principali porti del Mezzogiorno. Nell’ambito dei Piani strategici di sviluppo delle ZES coinvolte sono previste diverse progettualità infrastrutturali. Per questo si era deciso intervenire sulle seguenti priorità: collegamento di ‘ultimo miglio’: realizzare efficaci collegamenti tra le aree portuali e industriali e la rete infrastrutturale ferroviaria e stradale facente parte delle reti di trasporto principali, così da consentire ai distretti produttivi di ridurre tempi e costi nella logistica; digitalizzazione e potenziamento della logistica, urbanizzazioni *green* e lavori di efficientamento energetico e ambientale nelle aree retroportuali e nelle aree industriali appartenenti alle ZES; potenziamento della resilienza e della sicurezza dell’infrastruttura connessa all’accesso ai porti.

⁵³ V. artt. 57-60 del d.l. n. 77/2021, sul punto, A. CLARONI, *Il Mezzogiorno nel “decreto governance”* in «Gior. dir. amm.», 2021, pp. 765 e ss.

⁵⁴ L’art. 11 del d.l. n. 152/2021 prevede: a) Creazione di uno sportello unico digitale. I soggetti interessati ad avviare una nuova attività all’interno della ZES, soggetta ad autorizzazione unica, devono presentare il proprio progetto mediante lo sportello digitale unico, operativo presso ogni Commissario straordinario della ZES. Ciascun Commissario deve rendere nota, con avviso pubblicato sul proprio sito istituzionale, la data a partire dalla quale lo sportello è disponibile. b) Conferenza di servizi per insediamenti nella ZES (vedi art. 5 *bis* d.l. 91/2017) Attraverso la conferenza di servizi, alla quale sono convocate tutte le amministrazioni competenti, il Commissario straordinario della ZES può rilasciare l’autorizzazione unica per i progetti in merito alle attività economiche e all’insediamento di attività all’interno della ZES. Il d.l. n. 152/2021 ha introdotto alcuni strumenti a disposizione del Commissario straordinario nel caso in cui ci fosse dissenso tra le amministrazioni in sede di conferenza di servizi. In tal caso, a seguito di una relazione motivata da parte del Commissario della ZES, l’Autorità politica delegata per il sud e la coesione territoriale indice una riunione con la partecipazione delle amministrazioni al fine di cercare di individuare una soluzione condivisa. Se la soluzione condivisa non è raggiunta, l’Autorità politica delegata per il sud e la coesione territoriale rimette la questione al Consiglio dei Ministri. L’Autorità politica delegata per il Sud e la coesione territoriale indice, entro dieci giorni dalla richiesta, una riunione preliminare con la partecipazione delle amministrazioni che hanno espresso valutazioni contrastanti. In tale riunione i

PNRR2⁵⁵. Svolta intrapresa nel segno di una crescente centralizzazione rispetto ai precedenti tentativi di mantenere un equilibrio tra specificità territoriali e prerogative dei Commissari straordinari ZES, di nomina governativa. Sintomatico di ciò era l'obbligo imposto alle Regioni di adeguare la propria programmazione o la riprogrammazione dei fondi strutturali alle esigenze di funzionamento e sviluppo della ZES e di concordare le relative linee strategiche con il Commissario, garantendo la massima sinergia delle risorse materiali e strumentali approntate per la piena realizzazione del piano strategico di sviluppo⁵⁶.

Altri, ulteriori sviluppi venivano impressi, da altre istituzioni, sul piano della regolamentazione secondaria⁵⁷.

Infine, un regolamento, il cui schema era stato approvato dalla Conferenza Stato-Regioni in data 12.10.2022, mirava a razionalizzare la materia prevedendo l'abrogazione del vigente decreto n. 12/2018⁵⁸ al fine

partecipanti formulano proposte, in attuazione del principio di leale collaborazione, per l'individuazione di una soluzione condivisa, che sostituisca, in tutto o in parte, il diniego di autorizzazione. Qualora all'esito della suddetta riunione l'intesa non sia raggiunta, si applica, in quanto compatibile, l'articolo 14-quinquies, comma 6, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241. L'intera procedura deve svolgersi nel termine massimo di novanta giorni. Infine, a proposito delle Zone franche doganali nelle ZES, è stata prorogata, dal 31.12.2021 al 31.12.2023, la possibilità di proporre l'istituzione di zone franche doganali all'interno delle ZES.

⁵⁵ V. l'art. 37 d.l. n. 36/2022 il quale, in sintesi, mira a sostenere le ZES con misure *ad hoc* quali: 1) Contratti di sviluppo (250 mln a valere su fondo sviluppo e coesione programmazione 2021-2027, di cui 50 milioni per il 2022 e 100 milioni per ciascuno degli anni 2023 e 2024), 2) l'agevolazione (credito di imposta) viene estesa a acquisto terreni e acquisizione, ampliamento e realizzazione di immobili strumentali (passo in avanti rispetto al decreto semplificazioni) 3) il Commissario ZES può procedere alla revisione del perimetro delle aree ZES in coerenza con gli obiettivi del piano strategico; la proposta di revisione deve essere approvata con DPCM.

⁵⁶ Art. 4, comma 8 bis, d.l. n. 91/2017.

⁵⁷ Il 19.12.2023, l'Agenzia delle Dogane ha reso nota l'istituzione di due zone franche doganali all'interno della ZES interregionale Adriatica: si tratta di 180.000 m² in Puglia e 50.000m² in Molise. Come si legge nel comunicato dell'Agenzia delle Dogane: «La ZES Adriatica è stata scelta come sede delle prime Zone franche doganali per le infrastrutture avanzate di cui dispone e la vicinanza a importanti mercati internazionali. Le nuove Zone franche doganali consentiranno alle imprese di importare e lavorare le merci in sospensione di dazi doganali e IVA, di godere delle semplificazioni amministrative e delle agevolazioni fiscali previste in area ZES», url <<https://www.adm.gov.it/portale/documents/20182/145802596/cs20231219+ZES+zone+franche.pdf/8145c0a6-68eb-92df-788a-8488f41443fc>>.

⁵⁸ V. *infra* il paragrafo 5.4.

di garantire organicità e parità di trattamento tra le ZES e le ZLS⁵⁹ che, com'è noto, rappresentano un omologo destinato a trovare applicazione nelle restanti aree del Paese⁶⁰. Ma l'obiettivo 'semplificazione' stentava a realizzarsi. Anzi, il quadro normativo risultava vieppiù complesso e frastagliato. Da ultimo, un'altra, significativa inversione di marcia: l'istituzione di una ZES unica per l'intero Mezzogiorno d'Italia.

5.1. *La ZES Unica per il Mezzogiorno*

Con il decreto legge n. 124/2023, recante «disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione e per il rilancio dell'economia nelle aree

⁵⁹ Le Zone Logistiche Semplificate (ZLS) sorte anch'esse nel 2017 (art. 1 comma 61-65 *bis* l. n. 205/2017 (legge bilancio 2018) e s.m.i.) come zone a burocrazia semplificata, sono state sostanzialmente equiparate alle ZES con la legge n. 160/2019 (legge bilancio 2020) che ha esteso alle imprese che investono nelle ZLS il vantaggio fiscale consistente nel credito di imposta ZES (art. 5 comma 2 d.l. n. 91/2017). Le predette imprese devono trovarsi in zone ammissibili agli aiuti a finalità regionale a norma dell'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; sostanzialmente in aree del centro-nord Italia così come individuate, nel dettaglio, dalla Commissione Europea 18.3.2022 C(2022) 1545 final, aiuto di Stato SA.101134 (2021/N) – Italia *Modifica della carta degli aiuti a finalità regionale per l'Italia (1° gennaio 2022-31 dicembre 2027)* <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202213/SA_101134_B047AD7F-0100-C24E-BFBC-53F041A529A7_97_1.pdf>. Il decreto PNRR2 ha stabilito che un DPCM dovrà disciplinare «le procedure di istituzione delle Zone logistiche semplificate, le modalità di funzionamento e di organizzazione, nonché sono definite le condizioni per l'applicazione delle misure di semplificazione previste dall'articolo 5 e dall'articolo 5-bis, commi 1 e 2, del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2017, n. 123. Fino alla data di entrata in vigore del predetto decreto, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni relative alla procedura di istituzione delle Zone economiche speciali previste dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato ai sensi dell'articolo 4, comma 3, del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2017, n. 123.»; v. comma 3 art. 37 d.l. n. 36/2022. Nel mese di ottobre 2022 è stato firmato il primo d.p.c.m. istitutivo di una ZLS: si tratta di quella veneta avente come riferimento il porto di Venezia-Rodigino.

⁶⁰ Nel comunicato del ministero per il Sud e la coesione territoriale si legge: «Il regolamento approvato disciplina con un'unica fonte sia le ZES sia le ZLS e va a sostituire la precedente normativa contenuta nel DPCM n. 12 del 25 gennaio 2018 (che viene abrogata). L'obiettivo è quello di rendere omogenei i percorsi che istituiscono le Zone, gli strumenti per governarle e le misure di semplificazione assegnate, ovviamente tenendo conto delle differenze tra i due strumenti: il primo disegnato per i territori a basso livello di sviluppo e il secondo dedicato ai territori più sviluppati». In particolare la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ha posto in rilievo la asimmetria tra la disciplina delle ZLS e delle ZES per quanto concerne il ruolo delle Regioni, fortemente marginale per le ZES, così il Parere conferenza unificata, repertorio atti n. 169/CU del 12 ottobre 2022.

del Mezzogiorno del Paese», è nata la Zona Economica Speciale per il Mezzogiorno – ZES unica⁶¹ che coincide con l'intero territorio delle Regioni Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Molise, Puglia, Sicilia e Sardegna⁶².

Cambia tutto, compresa la definizione di ZES. Secondo il nuovo inquadramento, per ZES si deve intendere «una zona delimitata del territorio dello Stato nella quale l'esercizio di attività economiche e imprenditoriali da parte delle aziende già operative e di quelle che si insedieranno può beneficiare di speciali condizioni in relazione agli investimenti e alle attività di sviluppo d'impresa.» (art. 9). Le speciali condizioni consistono in procedure amministrative semplificate (art. 14 e 15) e nel riconoscimento di un credito di imposta commisurato all'investimento realizzato (art. 16).

Il contributo, come viene testualmente definito dal legislatore, è attribuito nella misura massima consentita dalla Carta degli aiuti a finalità regionale 2022-2027 e, dunque, in percentuali distinte tra le varie Regioni interessate. Per Campania, Calabria, Puglia e Sicilia l'intensità massima di aiuto per le grandi imprese è pari al 40% mentre per Basilicata, Molise e Sardegna è pari al 30%; per l'Abruzzo è pari al 15% dell'investimento, il quale può essere, nel massimo, a 100 milioni di euro⁶³. Le predette percentuali possono essere aumentate del 10 e 20%, rispettivamente per le imprese di medie e piccole dimensioni, per investimenti iniziali con costi ammissibili fino a 50 milioni di euro. Ulteriore specifico aumento del 10% è previsto per tutte le categorie di imprese (piccole, medie, grandi) che realizzano investimenti nel Sulcis-Iglesiente o a Taranto⁶⁴. Il credito di imposta è utilizzabile esclusivamente in compensazione e viene revocato se le imprese beneficiarie non mantengono la propria attività in area ZES per almeno 5 anni dopo il completamento dell'investimento.

Dal punto di vista della *governance*, la ZES Unica sarà coordinata da una Cabina di regia, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e presieduta dal Ministro per gli Affari europei, il Sud, il PNRR

⁶¹ Decreto legge n. 124/2023, *Disposizioni urgenti in materia di politiche di coesione, per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese, nonché in materia di immigrazione*, pubblicato in G.U. 19.09.2023 n. 219 e convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 13 novembre 2023, n. 162 (pubblicata nella Gazz. Uff. 16 novembre 2023, n. 268).

⁶² V. art. 9 comma 2 d.l. n. 124/2023.

⁶³ Art. 16, comma 4.

⁶⁴ In questo senso è stata modificata, in data 19.06.2023, la carta per gli aiuti a finalità regionale 2022-2027, C242/11 in G.U.U.E del 07.07.2023, url <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023AS107312>>.

e le politiche di coesione, alla quale partecipano altri 14 Ministri -oltre a quelli competenti in base all'ordine del giorno ed ai Presidenti delle citate Regioni del Mezzogiorno ed i Presidenti dell'Unione delle Province d'Italia e dell'Associazione nazionale dei Comuni italiani⁶⁵.

Le riunioni tecniche della Cabina di regia saranno svolte da una segreteria tecnica coordinata da una 'Struttura di missione ZES', una sorta di omologo dei precedenti Commissari governativi, i quali, dopo aver, entro il 20.10.2023, inviato una relazione circa lo stato di attuazione degli interventi di competenza e degli impegni finanziari assunti, cesseranno dalle proprie funzioni dal 1° gennaio 2024. L'iniziale previsione, secondo la quale essi avrebbero svolto le proprie funzioni sull'intero territorio regionale di riferimento è stata così superata dal D.P.C.M. adottato il 20.11.2023. Ed oggi ai Commissari non resta dunque che 'traghetare' le ZES regionali verso la ZES Unica.

Oltre alle attività elencate all'art. 10⁶⁶, la struttura di missione ZES è

⁶⁵ Comma 1 art. 10; i Ministri che compongono stabilmente la cabina di regia sono: Ministro per gli affari regionali e le autonomie, Ministro per la pubblica amministrazione, Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, Ministro per le riforme istituzionali e la semplificazione normativa, Ministro per lo sport e i giovani, Ministro dell'economia e delle finanze, Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, Ministro delle imprese e del made in Italy, Ministro del lavoro e delle politiche sociali, Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica, Ministro dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, Ministro del turismo, Ministro della cultura.

⁶⁶ L'art. 10 comma 3: a) assicura, sulla base degli orientamenti della Cabina di regia ZES, supporto all'Autorità politica delegata in materia di ZES per l'esercizio delle funzioni di indirizzo e coordinamento dell'azione strategica del Governo relativamente all'attuazione del Piano strategico della ZES unica di cui all'articolo 11; b) coordina la segreteria tecnica della Cabina di regia ZES; c) svolge compiti di coordinamento e attuazione delle attività previste nel Piano strategico della ZES unica; c-bis) svolge compiti di monitoraggio, con cadenza almeno semestrale e sulla base degli indicatori di avanzamento fisico, finanziario e procedurale definiti dalla Cabina di regia ZES, degli interventi e degli incentivi concessi nella ZES unica, anche al fine di verificare l'andamento delle attività, l'efficacia delle misure di incentivazione concesse e il raggiungimento dei risultati attesi come indicati nel Piano strategico della ZES unica; d) sovrintende allo svolgimento dell'attività istruttoria relativa alla formulazione delle proposte di aggiornamento ovvero di modifica del Piano strategico della ZES unica; e) definisce, in raccordo con le amministrazioni competenti, le attività necessarie a promuovere l'attrattività della ZES unica per le imprese e garantire la disponibilità e l'accessibilità al pubblico delle informazioni rilevanti; f) definisce, in raccordo con le amministrazioni competenti, le attività necessarie a prevenire tentativi di infiltrazione da parte della criminalità organizzata; g) cura l'istruttoria e svolge le funzioni di amministrazione procedente ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica di cui all'articolo 15, fatto salvo quanto previsto dai commi 6 e 7 del medesimo articolo 15; h) assicura lo svolgimento delle attività di comunicazione istituzionale e di pubblicità della ZES unica, mediante il portale web della ZES unica di cui all'articolo 12, anche avvalendosi delle altre

chiamata a predisporre, garantendo la piena partecipazione delle Regioni interessate e dei rappresentanti dell'Unione delle Province e dell'Associazione nazionale dei Comuni, lo schema di piano strategico ZES (art. 11) che «ha durata triennale e definisce, anche in coerenza con il PNRR, la politica di sviluppo della ZES unica, individuando, anche in modo differenziato per le regioni che ne fanno parte, i settori da promuovere e quelli da rafforzare, gli investimenti e gli interventi prioritari per lo sviluppo della ZES unica e le modalità di attuazione»; il piano dovrà poi essere approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previo parere della Cabina di regia ZES. Degno di nota è l'inserimento del Ministero per le politiche del mare (e per la protezione civile) accanto a quello dell'economia e delle finanze, delle infrastrutture e dei trasporti, delle imprese e made in Italy che coadiuvano la redazione del piano strategico, a conferma dell'importanza dell'economia del mare in molte zone del Mezzogiorno⁶⁷.

Importante (ma forse non decisiva) anche la previsione, inserita in sede di conversione in legge del d.l. n. 124/2023, per cui il piano strategico dovrà essere dotato di una sezione specifica «dedicata agli investimenti e agli interventi prioritari, necessari a rimuovere, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, gli svantaggi dell'insularità, nelle regioni Sicilia e Sardegna» (art. 11, comma 1).

La Struttura di missione ZES, fino al 31.12.2026, potrà anche assumere le funzioni di stazione appaltante «al fine di assicurare la più efficace e tempestiva attuazione degli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza relativi alla infrastrutturazione della ZES Unica» ed avvalersi del supporto tecnico-operativo di Invitalia s.p.a. per lo svolgimento di questa attività⁶⁸. Essa sarà soprattutto il soggetto che cura l'istruttoria e svolge le funzioni di amministrazione procedente ai fini del rilascio dell'autorizzazione unica⁶⁹, vale a dire del provvedimento utile alle imprese per «avviare attività economiche, ovvero insediare attività industriali, produttive e logistiche all'interno della ZES unica» (art. 15). L'istanza per l'avvio delle attività deve essere presentata dalle imprese allo

strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri.”.

⁶⁷ Art. 11 c. 3 d.l. n. 124/2023: Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro delle imprese e del made in Italy e il Ministro per la protezione civile e le politiche del mare, previo parere della Cabina di regia di cui all'articolo 10, comma 1, è approvato il Piano strategico della ZES unica.

⁶⁸ V. art. 10 comma 6.

⁶⁹ V. art. 10 c. 3 lett. g).

Sportello unico digitale ZES (art. 13) istituito presso la medesima Struttura di missione, avente funzioni Suap⁷⁰ ed accessibile tramite il portale che favorisce «una immediata e semplice conoscibilità della ZES unica e dei benefici connessi»⁷¹. Nello sportello unico confluiranno gli sportelli digitali attivati con il d.l. n. 91/2017⁷².

Questo, in sintesi, lo scenario in cui si trovano ad operare le imprese che sono già presenti o che si vorranno insediare ed avviare investimenti nel Mezzogiorno d'Italia dal 1° gennaio 2024.

5.2. Le principali incongruenze della disciplina delle ZES ed i correttivi apportati: la volatilità normativa e l'incertezza temporale

Come già evidenziato, uno dei problemi che ha 'precarizzato' la disciplina e l'implementazione delle ZES nel nostro Paese è stata la volatilità del quadro normativo.

Da quel decreto legge n. 91/2017 col quale, a fine legislatura, si era cercato di colmare con urgenza il ritardo che il nostro Paese aveva accumulato rispetto ad altri, è cambiato quasi tutto. Alcuni dei decreti attuativi non sono mai stati adottati ed è invece intervenuta almeno una decina di provvedimenti di legge che hanno mutato radicalmente la *governance* delle ZES, i poteri, le competenze e la composizione degli organi dirigenti, l'ubicazione e la perimetrazione di queste aree, gli incentivi economici e fiscali e molte altre regole relative a diritti ed obblighi delle imprese che le ZES avrebbero dovuto attrarre.

⁷⁰ V. art. 13 c. 1.

⁷¹ Il portale, da realizzare anche in lingua inglese, fornisce tutte le informazioni sui benefici riconosciuti alle imprese nella ZES (art. 12).

⁷² Nelle more della piena operatività del S.U.D. ZES, le domande di autorizzazione unica sono presentate: per le attività localizzate o da localizzare nei territori delle Zone economiche speciali come già definite ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2017, n. 123, e del regolamento di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 25 gennaio 2018, n. 12, agli sportelli unici digitali attivati ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera a-ter), del medesimo decreto-legge n. 91 del 2017; per le attività localizzate o da localizzare negli altri territori della ZES unica, ai SUAP territorialmente competenti di cui all'articolo 38, comma 3, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, che le trasmettono immediatamente, secondo le modalità di interazione tra i SUAP e le altre pubbliche amministrazioni definite ai sensi del decreto del Ministro dello sviluppo economico 12 novembre 2021, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 288 del 3 dicembre 2021, agli sportelli unici digitali attivati presso i Commissari straordinari territorialmente competenti ai sensi dell'articolo 22, comma 3, del presente decreto (art. 13 c. 3).

In buona sostanza, in sei anni, si sono prima coinvolte e poi escluse le Regioni, le quali inizialmente hanno avuto il compito di progettare interamente le ZES. Si sono prima coinvolte e poi escluse le Autorità di sistema portuale, a vantaggio di Commissari governativi nominati con grande ritardo e poi subitaneamente revocati. Si sono prima concepiti e organizzati e poi depennati i nessi economici e funzionali tra aree produttive e porti. Si è fatto e disfatto, nel giro di un anno, un piano sui grandi investimenti. Oggi, ad appena un anno dall'ultimo provvedimento (d.l. n. 36/2022) intervenuto sulla previgente disciplina, l'istituzione della ZES unica per il Mezzogiorno ribalta nuovamente l'approccio al tema. Scompare infatti ogni riferimento al rilancio delle zone industriali come 'retroporti', in continuità con la riforma della portualità del 2016 e con l'obiettivo europeo di sviluppo della rete dei trasporti. E viene premiata la scelta di beneficiare integralmente otto Regioni, attesa «la straordinaria necessità ed urgenza di intensificare gli interventi volti a favorire il superamento del divario economico e sociale delle regioni del Mezzogiorno rispetto alle altre aree del Paese; nonché di introdurre misure per il rilancio dell'economia nelle aree del Mezzogiorno del Paese anche attraverso l'istituzione della ZES unica»⁷³.

Altro elemento che, sin dagli albori, ha fortemente penalizzato le ZES è stata l'incertezza sui tempi di implementazione delle procedure e sulla durata degli incentivi economici alle imprese. Si è infatti assistito, da subito, ad un disallineamento tra la durata delle ZES, prevista in sette anni rinnovabili sino a tre volte, e la durata degli incentivi, con copertura economica mai eccedente i tre anni.

Oggi, la nuova disciplina sulla ZES unica non sembra dipanare il nodo ma semmai acuirlo. Il nuovo quadro normativo non fornisce indicazioni chiare sul punto lasciando solo intendere che la struttura di missione ZES opererà per circa un decennio (la durata è rinnovabile fino al 31.12.2034⁷⁴). Non è invece chiara la durata degli incentivi riconosciuti alle imprese. Si dice solo che le imprese sono tenute a mantenere l'attività (in area ZES) per almeno un quinquennio dopo il completamento dell'investimento, mentre solo nel 2024 potranno maturare il credito di imposta (art. 16).

Quest'ultimo aspetto suscita particolari perplessità poiché individua una finestra temporale davvero esigua, specie per investimenti di rilevante entità e non in grado di appettare le imprese⁷⁵. Si tenga conto che chi volesse

⁷³ V. preambolo d.l. n. 124/2023.

⁷⁴ V. art. 10 comma 2. Gli oneri per il funzionamento della struttura ZES sono gli unici stimati, per il decennio 2024-2034, in euro 8.250.579, v. art. 10, comma 11.

⁷⁵ In questo senso anche Assonime, secondo la quale: «preoccupa il fatto che il Decreto Sud

avviare un investimento ha appreso solo con la legge di bilancio 2024⁷⁶ che il credito di imposta ZES è riconosciuto nel limite di spesa complessivo di 1.800 milioni di euro per l'anno 2024⁷⁷. Davvero difficile immaginare che chi decida di avviare un'attività nella ZES unica senza la possibilità di una adeguata programmazione, impegnandosi a permanervi per almeno cinque anni con il rischio, se non riesce a realizzare tutto l'investimento entro il 15.11.2024⁷⁸, di non poter fruire per intero dell'agevolazione.

Si aggiunga che il d.l. in esame è stato adottato a pochi giorni dall'entrata in vigore della delega al Governo per la riforma fiscale (l. n. 111/2023) la quale, all'art. 9 lett. i) espressamente prevede, quale principio e criterio direttivo, «favorire lo sviluppo economico del Mezzogiorno e la riduzione del divario territoriale, valutando la semplificazione del sistema

preveda l'applicazione del credito di imposta soltanto per il 2024, limitando ulteriormente l'orizzonte temporale agli investimenti realizzati nel periodo tra il 1° gennaio e il 15 novembre 2024. Tale orizzonte risulta troppo limitato per qualsiasi impresa che voglia programmare investimenti nel medio termine, agevolando, in questo modo, solo gli investimenti già programmati, con una modesta capacità di promuoverne di aggiuntivi», Assonime, *Le Zone Economiche Speciali in Italia: le ZES regionali e interregionali (2017-2023) e l'introduzione della nuova ZES Unica*, Note e studi 6/2023, p. 29.

⁷⁶ L. n. 213/2023, art. 1, comma 249. All'articolo 16 del decreto-legge 19 settembre 2023, n. 124, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2023, n. 162, il comma 6 è sostituito dal seguente: «6. Il credito d'imposta di cui al presente articolo è riconosciuto nel limite di spesa complessivo di 1.800 milioni di euro per l'anno 2024. Gli importi di cui al presente articolo sono versati alla contabilità speciale n. 1778 intestata all'Agenzia delle entrate. Con decreto del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono definiti le modalità di accesso al beneficio nonché i criteri e le modalità di applicazione e di fruizione del credito d'imposta e dei relativi controlli, anche al fine di assicurare il rispetto del limite di spesa di cui al primo periodo».

⁷⁷ V. art 16, comma 6, d.l. n. 124/2023. Nella precedente versione il comma 6 recitava così: «Il credito di imposta di cui al presente articolo è riconosciuto nel limite di spesa complessivo, per l'anno 2024, determinato con decreto del Ministro per gli affari europei, il Sud, le politiche di coesione e il PNRR da adottare di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze entro il 30 dicembre 2023, a valere sulle risorse europee e nazionali della politica di coesione come individuate sulla base della ricognizione effettuata dal Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri con le amministrazioni titolari delle medesime, nel rispetto dei criteri di ammissibilità e delle procedure di utilizzo delle citate risorse. Gli importi, europei e nazionali, riconosciuti a titolo di credito d'imposta dall'Unione europea, sono versati alla contabilità speciale n. 1778 intestata all'Agenzia delle entrate. Con il decreto di cui al primo periodo sono definite le modalità di accesso al beneficio, nonché i criteri e le modalità di applicazione e di fruizione del credito d'imposta e dei relativi controlli, anche al fine di assicurare il rispetto del limite di spesa di cui al primo periodo».

⁷⁸ Art. 16, comma 4, d.l. n. 124/2023.

di agevolazioni fiscali nei riguardi delle imprese finalizzato al sostegno degli investimenti, con particolare riferimento alle zone economiche speciali»⁷⁹. La disciplina appena introdotta potrebbe pertanto subire ulteriori modifiche con conseguente, ulteriore incertezza per le imprese⁸⁰.

Ci troviamo dunque in una fase di grande fermento normativo e pianificatorio che obbliga gli investitori ad assumere una postura attendista. All'indomani del d.l. n. 124/2023 si attendono infatti due ulteriori decreti. Uno, di competenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, approverà il piano strategico⁸¹: «individuando, anche in modo differenziato per le regioni che ne fanno parte, i settori da promuovere e quelli da rafforzare, gli investimenti e gli interventi prioritari per lo sviluppo della ZES unica, ivi compresi quelli destinati a favorire la riconversione industriale finalizzata alla transizione energetica, e le modalità di attuazione»⁸². L'altro, di competenza del Ministro per Sud, individuerà le modalità di accesso al credito di imposta ed i fondi da stanziare⁸³. Insomma, un quadro normativo, in continuo divenire, che non consente di programmare gli investimenti.

⁷⁹ Le precedenti lett. g) e h) prevedono: (g) rivedere e razionalizzare, anche in adeguamento ai principi di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), gli incentivi fiscali alle imprese e i meccanismi di determinazione e fruizione degli stessi, tenendo altresì conto della direttiva (UE) 2022/2523 del Consiglio, del 14 dicembre 2022; h) rivedere la fiscalità di vantaggio, in coerenza con la disciplina europea in materia di aiuti di Stato, privilegiando le fattispecie che rientrano nell'ambito del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione, al fine di consentire il riconoscimento di agevolazioni fiscali alle imprese senza la previa autorizzazione da parte della Commissione europea;».

⁸⁰ «Su di un piano di riforma più avanzata, c'è la sostituzione del credito d'imposta con un diverso incentivo economico, che non incida più sul pagamento delle imposte (come titolo per l'estinzione del debito mediante compensazione), e che interrompa l'osmosi con gli istituti giuridici che presiedono all'imposizione e riscossione dei tributi, tagliando alla radice la causa delle complessità che riguardano la definizione della natura degli atti di recupero dei crediti inesistenti o non spettanti, il trattamento sanzionatorio proporzionato all'interesse leso, l'individuazione del giudice dotato di giurisdizione. Un progresso nella direzione della semplificazione della selva delle spese fiscali, che basterebbe da solo a giustificare una riforma.». Così G. RAGUCCI, *Perché nella delega fiscale si gioca il destino delle ZES*, nell'editoriale Ipsoa Quotidiano del 29.07.2023, url <<https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2023/07/29/delega-fiscale-gioca-destino-zes>>.

⁸¹ Art. 11 comma 3 d.l. n. 124/2023.

⁸² Art. 11, comma 1 d.l. n. 124/2023.

⁸³ V. art. 16 comma 6.

5.3. *La specialità diluita*

Nomina sunt consequentia rerum: le Zone economiche speciali, per le ragioni che sopra evidenziate, debbono rivestire carattere di ‘specialità’ affinché la concentrazione delle risorse sia suscettibile di determinare la riduzione dei divari territoriali che la misura individua come obiettivo, anteponendolo ad altre importanti considerazioni, come quelle relative all’eguale trattamento fiscale, di cui agli artt. 3 e 53 della Costituzione.

Detta specialità è stata invece misconosciuta, negli ultimi anni, da un legislatore che ha largito benefici economici a tante tipologie di aree seguendo intendimenti sempre nuovi e diversi. È il caso delle già citate Zone Logistiche Semplificate (ZLS) nate (con la l. n. 205/2017) come gemelle, rimaste per un breve lasso di tempo dissociate dall’iter evolutivo delle ZES, ed ora sostanzialmente equiparate ad esse⁸⁴; delle Zone Economiche Ambientali (ZEA), istituite con la l. n. 111/2019⁸⁵, per promuovere attività economiche di piccola entità all’interno dei parchi naturali «al fine di potenziare il contributo delle aree naturalistiche a livello nazionale per il contenimento delle emissioni climalteranti e di assicurare il rispetto dei limiti previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell’aria, nonché di favorire in tali aree investimenti orientati al contrasto ai cambiamenti climatici, all’efficientamento energetico, all’economia circolare, alla protezione della biodiversità e alla coesione sociale e territoriale e di supportare la cittadinanza attiva di coloro che vi risiedono». Mentre restano nel novero generale delle cd. zone franche le Zone franche urbane (art. 1, c. 340, l. n. 296/2006) e le Zone franche doganali (art. 243, Codice doganale europeo), ancorché in queste ultime il mancato pagamento dell’Iva e dei dazi sulle merci non unionali si giustifica, non in virtù di uno sgravio fiscale ma proprio perché il presupposto del prelievo,

⁸⁴ V. *supra* nota n. 61.

⁸⁵ L’individuazione delle aree è avvenuta normativamente; si legge testualmente: «il territorio di ciascuno dei parchi nazionali costituisce una zona economica ambientale (ZEA)». (art. 4 *ter*). Non è ancora stato adottato il decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare che stabilirà criteri e modalità per la concessione delle misure di sostegno (non meglio specificate nella norma) alle imprese che investono in questi territori e che sono chiamate a mantenere “la loro attività nell’area ZEA per almeno sette anni dopo il completamento dell’investimento oggetto delle agevolazioni di cui al presente comma, pena la revoca dei benefici concessi, che non siano in stato di liquidazione o scioglimento e che le attività oggetto di sostegno siano coerenti con le finalità di cui alla legge quadro sulle aree protette (l. 6 dicembre 1991, n. 394).

l'immissione in libera pratica, non si realizza⁸⁶.

Non basta, vengono avanzate da più parti ulteriori proposte di istituzione di zone franche nei più disparati settori. Si pensi, ad esempio, alle Zone Franche Verdi (ZFV), alle Zone Franche per la Bonifica di siti inquinati (ZFB), alle Zone Franche Archeologiche (ZFA), Zone Franche Montane (ZFM), pensate sulla falsariga delle ZFU; tutte iniziative che porterebbero a distribuire risorse, in una moltitudine di altri territori, per finalità varie⁸⁷. Così diluendo la specialità di ciascuna in una varietà di strumenti, alcuni dei quali anche sovrapponibili sul piano geografico, con risorse proporzionalmente limitate e scarse possibilità di successo. Ciò che tradisce gli obiettivi di politica economica individuati dal legislatore e determina l'ennesima distribuzione particellare di risorse cui è fin troppo adusa la politica italiana.

Da ultimo, la specialità pare completamente vanificata dalla scelta di estendere all'intero territorio di 8 Regioni italiane (più di 120.000 km²) la disciplina di cui al d.l. n. 124/2023. Non può dirsi speciale un'area così vasta che al suo interno annovera realtà produttive, infrastrutturali, imprenditoriali tra loro molto differenti. L'intervento rischia di 'livellare' problematiche ed istanze diverse, rendendo probabilmente vani i benefici economici previsti.

5.4. *L'irragionevolezza dei criteri di ubicazione*

Poco sopra si è detto che il fondamento legittimante una zona franca che abbia, almeno in parte, una connotazione fiscale è il principio di

⁸⁶ All'interno della ZES unica per il Mezzogiorno potranno essere anche istituite zone franche doganali intercluse. Così il comma 3 *bis* dell'art. 11, inserito in sede di conversione in legge del d.l. n. 124/2023: «Nella ZES unica possono essere istituite, in coerenza con gli obiettivi definiti dal Piano strategico della ZES unica, zone franche doganali intercluse ai sensi del regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, e dei relativi atti delegati e di esecuzione. La perimetrazione di tali zone franche doganali è proposta dalla Struttura di missione di cui all'articolo 10, comma 2, anche su iniziativa delle Autorità di sistema portuale ovvero delle regioni competenti, ed è approvata con determinazione del direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, da adottare entro sessanta giorni dalla data della proposta».

⁸⁷ In argomento P. BARABINO, *Le zone franche verdi: una proposta normativa "green oriented" contro il fenomeno dello spopolamento*, in «Tax news», 19 giugno 2020; ID., *Nuove prospettive per le zone franche: la ricerca di un paradigma*, in «Riv. dir. trib.», 2021, I, pp. 556-561; P. LUCAT, *La zona franca*, in P. Costanzo, R. Louvin, L. Trucco (a cura di), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Valle d'Aosta/Vallée d'Aoste*, Torino 2020, p. 455.

ragionevolezza⁸⁸. Unico a poterla rendere compatibile con gli artt. 3 e 53 della Costituzione.

La disciplina previgente, non a caso, aveva richiesto alle Regioni un ampio sforzo pianificatorio, nell'individuare porzioni del proprio territorio che fossero economicamente e funzionalmente sinergiche alle infrastrutture portuali (e aeroportuali). Il primo D.P.C.M. attuativo della l. n. 123/2017, adottato il 25.01.2018⁸⁹, aveva infatti disciplinato le modalità di istituzione delle ZES, anche interregionali, la loro durata ed i criteri che regolano l'accesso delle imprese, prevedendo anzitutto che le ZES dovessero sorgere attorno alle aree portuali di cui al Regolamento 1315/2013 (art. 1, lett. c). Il D.P.C.M. prevedeva inoltre che le ZES potessero ricomprendere anche aree non adiacenti ma legate ad esse da un vincolo economico-funzionale, intendendosi per esso la presenza o il potenziale sviluppo di attività economico-produttive indicate nei piani strategici proposti dalle Regioni o di adeguati collegamenti infrastrutturali tra le aree interessate; potessero ricomprendere più porti (tenuto conto anche dei volumi di merci in transito), a condizione che essi rivestissero rilevanza strategica per le attività di specializzazione territoriale che si intendevano rafforzare; dovessero ricomprendere tendenzialmente aree retroportuali, piattaforme logistiche ed interporti e non potessero includere zone residenziali; non potessero avere una superficie eccessivamente estesa ma essere al contrario circoscritte a poche, significative aree industriali. Il tutto senza poter eccedere il limite di superficie massima indicato, per ciascuna Regione, nella tabella allegata allo stesso D.P.C.M. (art. 3 c. 3) sulla base di criteri che, sebbene muovessero nella direzione giusta, non apparivano però del tutto ragionevoli. Essi infatti contemplavano solo:

- la superficie territoriale della Regione;
- la sua densità demografica.

Non misuravano, invece, né la condizione di svantaggio competitivo della Regione interessata, né le sue potenzialità di sviluppo da associare alla istituzione di una ZES. Non si teneva infatti conto del dato infrastrutturale complessivo in cui la Regione versava -centrale in ordine alla possibilità di connettere la ZES con gli sbocchi di mercato- né del tessuto economico locale, né, ancora, del livello di benessere, misurabile banalmente con gli stessi criteri adottati dalla UE (PIL/*pro capite*).

⁸⁸ Cfr. *supra* al paragrafo 2.1.

⁸⁹ Decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 25 gennaio 2018, n. 12 "Regolamento recante istituzione di Zone economiche speciali (ZES)", pubblicato nella G.U. 26 febbraio 2018, n. 47.

Eppure l'art. 4 comma 1 della l. n. 123/2017 cui il D.P.C.M. si proponeva di dare attuazione, prevedeva che: «Al fine di favorire la creazione di condizioni favorevoli in termini economici, finanziari e amministrativi, che consentano lo sviluppo, in alcune aree del Paese, delle imprese già operanti, nonché l'insediamento di nuove imprese in dette aree, sono disciplinate le procedure, le condizioni e le modalità per l'istituzione di una Zona economica speciale, di seguito denominata "ZES"». Perché allora non tener conto delle aree maggiormente penalizzate all'interno delle Regioni in obiettivo convergenza o in transizione che sono destinatarie del provvedimento e magari tentare di individuare parametri utili alla loro mitigazione? Perché utilizzare il parametro demografico premiando comunità regionali più popolose ed ulteriormente penalizzando quelle colpite da continue migrazioni e da uno spopolamento davvero significativo? Perché non tener conto della peculiare, svantaggiata condizione delle isole?

Come già evidenziato, la l. n. 123/2017 e lo stesso DPCM prevedevano che all'interno di una medesima Regione potessero istituirsi più ZES qualora esse disponessero di più porti di cui al Reg. n. 1315/2013. Le ZES potevano inoltre avere anche caratura interregionale (art. 4) ma solo nel caso vi fossero coinvolte Regioni che non erano dotate di infrastrutture portuali di cui al Regolamento n. 1315/2013. In tal caso venivano individuati due, possibili scenari:

1. ZES interregionali tra Regioni sprovviste di tali infrastrutture portuali di cui al Regolamento n. 1315/2013. In tal caso la ZES veniva istituita in via associativa tra le Regioni interessate e poteva comprendere anche porti secondari;
2. ZES interregionali istituite in via associativa tra Regioni dotate di infrastrutture portuali di cui al Regolamento n. 1315/2013 e regioni che ne erano sprovviste.

In ambedue i casi, le Regioni interessate presentavano alla Presidenza del Consiglio dei ministri un'istanza congiunta di istituzione della ZES interregionale ed erano vincolate al principio di leale collaborazione. La superficie complessiva della ZES interregionale non poteva però superare la somma di quelle assentite a ciascuna Regione interessata. Ne conseguiva dunque -anche qui- una discrasia. Le Regioni, come Puglia e Sicilia, alle quali la l. n. 123/2017 e lo stesso DPCM consentivano di istituire più ZES, poiché disponevano di più porti di cui al Reg. UE n. 1315/2013, avevano diviso la superficie consentita per due, senza che il D.P.C.M. n. 12/2018 ne tenesse adeguato conto. Così come non si è adeguatamente soppesato il fatto che

la Puglia, nel caso specifico, aveva dovuto farsi carico delle vicine Regioni Basilicata e Molise, con le quali condivideva ambedue le proprie ZES⁹⁰.

Insomma, lasciavano a desiderare i criteri adottati per definire l'estensione territoriale delle ZES, i quali, dopo ampia negoziazione in Conferenza Stato-Regioni, erano stati ritoccati sul piano quantitativo, senza però cambiare la loro tipologia. La quale era rimasta immutata nonostante nuove disposizioni normative avessero consentito ai Commissari di rivedere la perimetrazione delle aree (d.l. n. 36/2022).

Si capisce dunque perché la normativa avesse richiesto, a ciascuna Regione istante, di fornire ampie motivazioni attorno alla scelta di ubicare la ZES solo in alcuni territori. Con l'obbligo di presentare un'ampissima documentazione che comprovasse una vasta consultazione territoriale, uno studio sulle vocazioni industriali delle aree, la presenza di infrastrutture idonee a consentire i collegamenti, ecc.⁹¹. Tutte informazioni che però

⁹⁰ Ne discese che mentre in Molise e Basilicata la superficie disponibile eccedeva le domande di insediamento avanzate, in Puglia è accaduto l'esatto contrario. V. V. RUTIGLIANO, *Ci sono le imprese, non i terreni: scoppia l'area industriale di Bari*, Il Sole 24 Ore, 9.12.2022, SUD, p. 9; V. A. VIOLA, *ZES, in un anno 20 autorizzazioni per 100 milioni di finanziamenti*, Il Sole 24 Ore, 23.12.2022, Imprese e Territori, p. 21.

⁹¹ V. art. 6 DPCM: «a) la documentazione di identificazione delle aree individuate con l'indicazione delle porzioni di territorio interessate con evidenziazione di quelle ricadenti nell'Area portuale; b) l'elenco delle infrastrutture già esistenti, nonché delle infrastrutture di collegamento tra aree non territorialmente adiacenti, nel territorio di cui alla lettera a); c) un'analisi dell'impatto sociale ed economico atteso dall'istituzione della ZES; d) una relazione illustrativa del Piano di Sviluppo Strategico, corredata da dati ed elementi che identificano le tipologie di attività che si intendono promuovere all'interno della ZES, le attività di specializzazione territoriale che si intendono rafforzare e che dimostrano la sussistenza di un nesso economico-funzionale con l'Area portuale o con i porti di cui al comma 2, dell'articolo del presente decreto, nel caso la ZES ricomprenda più aree non adiacenti. Le aree non contigue devono comunque essere collegate alle aree portuali da infrastrutture adeguate alla realizzazione del Piano di Sviluppo Strategico; e) l'individuazione delle semplificazioni amministrative, di propria competenza, per la realizzazione degli investimenti che la Regione si impegna ad adottare per le iniziative imprenditoriali localizzate nella ZES; f) l'indicazione degli eventuali, pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, già rilasciati dagli enti locali e da tutti gli enti interessati con riguardo alle attività funzionali del piano strategico; g) l'indicazione delle agevolazioni ed incentivazioni, senza oneri a carico della finanza statale, che possono essere concesse dalla Regione, nei limiti dell'intensità massima di aiuti e con le modalità previste dalla legge; h) l'elenco dei soggetti pubblici e privati consultati per la predisposizione del Piano, nonché le modalità di consultazione adottate e gli esiti delle stesse; i) il nominativo del rappresentante della Regione o delle regioni, in caso di ZES interregionale, nel Comitato di indirizzo; j) le modalità con cui le strutture amministrative delle Regioni e degli enti locali interessati assicurano, anche attraverso proprio personale, supporto amministrativo al Segretario generale per l'espletamento delle funzioni di cui

riguardavano tendenzialmente solo le aree incluse nella ZES e non le altre, senza che la Regione fosse obbligata a motivare il perché della esclusione dei territori limitrofi. In altre parole, nei piani strategici utili ad individuare la collocazione territoriale della ZES non si era fatto obbligo di spiegare, a fronte della caratura di coesione economico sociale dell'iniziativa, il perché determinati territori fossero stati inclusi a svantaggio di altri, quando anch'essi si trovavano in obiettivo convergenza o transizione.

Particolarmente calzante, in proposito, è l'esempio della ZES sarda, nella quale sono dapprima confluiti quasi esclusivamente territori posizionati sulle coste, dimenticando che la disciplina delle ZES non è stata emanazione del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibile ma di quello per il Sud, deputato a ridurre il ritardo di sviluppo delle aree interne. Di qui la facile constatazione che, sul piano della ragionevolezza degli obiettivi perseguiti, e quindi della compatibilità dello strumento ZES con gli articoli 3 e 53 della Costituzione, vi fossero, specie a valle della perimetrazione delle ZES, non pochi dubbi da fugare. Comprensibili dunque le critiche mosse da chi aveva rilevato che «[...] appare assolutamente illogico porre a presupposto dei benefici concessi una condizione che non attiene, esclusivamente, ai territori inclusi nelle ZES, quanto piuttosto, a tutti coloro che vivano e operino in aree meno progredite del Paese, da un punto di vista economico e sociale»⁹².

Insomma, i criteri di ubicazione delle ZES dovevano essere probabilmente migliorati e resi più aderenti alle diverse realtà territoriali,

all'articolo 8, comma 2».

⁹² Così C. FONTANA, *Zone economiche speciali e disciplina europea sugli aiuti di Stato in materia fiscale. Alcuni spunti critici*, in F. AMATUCCI, C. FONTANA (a cura di), *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, Napoli 2022. «Ancora censurabili -prosegue l'autrice- risulta l'assenza nel disposto normativo vigente di qualsivoglia riferimento ad obiettivi sociali e, più specificamente, ad obiettivi associati alla creazione di nuovi posti di lavoro. Tale lacuna appare, invero, sintomatica di un'azione legislativa votata al conseguimento di risultati essenzialmente economici legati alla creazione di nuove imprese ed allo sviluppo di quelle esistenti, a prescindere da qualsiasi prospettiva di miglioramento sul piano sociale. Su quest'assunto e senza alcuna pretesa di esaustività, sembra, pertanto, legittimo chiedersi se quella delle ZES non sia, in fondo, l'ennesima occasione persa dal nostro legislatore che, nel disciplinare i richiamati strumenti, avrebbe forse potuto (*rectius* dovuto) prevedere anche l'obbligo di assunzione di un numero minimo di nuovi lavoratori da parte delle imprese beneficiarie. Nel difettare di disposizioni atte ad indirizzare le decisioni di investimento delle imprese in modo consentaneo al raggiungimento di più ampi obiettivi di sviluppo sociale delle aree beneficiate, l'intervento in esame finisce infatti con l'allontanarsi dalla logica a cui risulta formalmente informato, peraltro alla base del giudizio di compatibilità delle misure interne con la disciplina di cui agli articoli 107 e seguenti TFUE». *Id.*, p. 173.

specie nelle isole. Oggi invece si è andati oltre. Il recente d.l. n. 124/2023 ha infatti semplicemente ‘depennato’ detti criteri e archiviato il lungo e faticoso lavoro di individuazione delle aree ZES regionali, scelte per l’esistenza di un nesso economico-funzionale tra porti e zone retroportuali.

Sotto il profilo della conformità con gli artt. 3 e 53 Cost. non si può dire dunque di aver mosso passi avanti. Anche perché la nuova disciplina pare voler mantenere gli stessi benefici fiscali della precedente pur disconoscendo proprio le argomentazioni che essa aveva usato per proporle. Assai arduo, in altre parole, sostenere, attraverso il medesimo credito di imposta (e la medesima riduzione delle imposte dirette, per quanto quest’ultima in esaurimento nel 2023), il rilancio dell’intero Mezzogiorno quando poco prima si è argomentato (con dovizia di simulazioni ed analisi giuridiche, economiche e sociali) che con esso avremmo riscattato dal ritardo socioeconomico una superficie complessiva pari, forse, a poco più di un millesimo del suo territorio. Non sfugge inoltre all’osservatore il fatto che ancor più verso una così ampia area, già destinataria di molteplici interventi economici e fiscali, i benefici previsti dal recente Decreto ZES (n. 124/2023) appaiano poco più che una goccia nel mare, in sé del tutto insuscettibile di invertire il ritardo di sviluppo che da decenni caratterizza il Mezzogiorno.

Consapevole di ciò, ed avvedendosi dell’obbligo di «promuovere le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall’insularità» di cui al sesto comma dell’art. 119 Cost., il legislatore ha provato a correggere il tiro, introducendo, in sede di conversione del Decreto (n. 124/2023), un emendamento che introduce una ‘finestra’ di specialità per Sicilia e Sardegna (ma non per le altre isole)⁹³. Tuttavia non è chiaro se e in che misura tale ‘finestra’ sarà foriera di accordare alle Regioni interessate quel trattamento speciale che la Costituzione richiede.

5.5. La sburocratizzazione incompleta

Come già evidenziato, le ZES regionali erano nate nel 2017 per ricreare condizioni di sinergia tra le zone industriali del Mezzogiorno e le infrastrutture della globalizzazione economica, cioè, primariamente porti ed aeroporti. Si era dunque tentato di individuarle coinvolgendo tutte le istituzioni,

⁹³ Il piano strategico della ZES unica dovrà essere dotato di una sezione specifica «dedicata agli investimenti e agli interventi prioritari, necessari a rimuovere, in coerenza con quanto previsto dall’articolo 119, sesto comma, della Costituzione, gli svantaggi dell’insularità, nelle regioni Sicilia e Sardegna» (art. 11, comma 1).

nazionali, regionali e locali a vario titolo coinvolte e prevedendo raccordi sinergici tra le stesse. Così i piani strategici erano stati affidati alle Regioni, il coordinamento e le strutture amministrative ai Presidenti (poi sostituiti dai Commissari governativi) ed ai segretariati generali delle AdSP e la concertazione ai Comitati di indirizzo, nei quali erano confluiti anche i rappresentanti dei Consorzi industriali. Si era dunque tentato di coordinare i vari Enti apportando elementi di semplificazione e velocizzazione dei processi decisionali, pur consapevoli di stare al contempo introducendo, nell'ordinamento, un nuovo livello amministrativo: appunto i Comitati di indirizzo delle ZES.

Anche in questo caso, la meritevolezza dell'obiettivo perseguito non aveva però fatto il paio con l'effettiva sburocratizzazione e semplificazione della materia. Intanto, perché rimanevano complessi ed irrisolti alcuni snodi di fondo, come il controverso riparto di competenze sulle grandi reti di trasporto e di navigazione e sui porti ed aeroporti civili; riparto assegnato dalla Costituzione alla potestà concorrente di Stato e Regioni, cioè alla codecisione: gli indirizzi strategici e i principi generali appannaggio dello Stato e le norme di dettaglio in capo alle Regioni (art. 117 Cost.).

Così mentre il Ministero per il Sud affidava alle Regioni il compito di elaborare tutta l'architettura strategica delle ZES e di definire i nessi economico-funzionali tra retroporti e porti (anche col d.l. n. 77/2021, convertito in l. n. 108/2021), questi ultimi venivano investiti (in particolare col decreto legislativo 'semplificazioni' (n. 121) e gli emendamenti apportati alla legge sui porti n. 84/1994) da una prepotente opera di statalizzazione, intendendosi con ciò l'allocazione, sotto l'egida delle autorità statali, di tutte le decisioni più rilevanti, a partire dalla pianificazione⁹⁴.

⁹⁴ Basti leggere cosa prevede il nuovo articolo 5 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, al comma 1 *quinquies*: «La pianificazione delle aree portuali e retroportuali è competenza esclusiva dell'Autorità di sistema portuale, che vi provvede mediante l'approvazione del PRP». Francesco Karrer, nell'ambito della Community 'Porti, città, territori' diretta da Rosario Pavia, ha parlato di una centralizzazione 'dal basso' per stigmatizzare il fatto che, a fronte di un Piano nazionale dei trasporti ormai datato vent'anni orsono, la pianificazione portuale sia stata allocata a livello di ciascuna ADSP ma concretamente calibrata su ciascun porto, sganciandola così da una visione di sistema come quella che avrebbe dovuto garantire l'omonimo Documento strategico, concepito all'epoca della riforma Delrio. Analoghe, interessanti considerazioni hanno mosso anche lo stesso R. PAVIA, *La nuova pianificazione portuale. Un incerto processo di riforma* (newsletter del 5 marzo 2022), P. SPIRITO, *Pianificare i porti per renderli più competitivi* (newsletter del 29 gennaio 2022); F. DI SARCINA, *Prime considerazioni sul nuovo art. 5 della legge 84/94 sulla disciplina della pianificazione portuale* (newsletter del 20 gennaio 2022); D. MARESCA, *Porti, attività pianificatorie più snelle. Il frutto avvelenato della semplificazione* (newsletter del 15 gennaio 2022) e J. RICCARDI, *Letture di un sottotesto due punti i porti di Stato- la nuova normativa in materia di pianificazione portuale* (newsletter del 8 gennaio 2022).

È quanto è accaduto ai piani regolatori portuali i quali sono stati svincolati da una visione di sistema e calati in una dimensione particellare limitata al singolo scalo. Secondo le nuove disposizioni: «Il PRP è un piano territoriale di rilevanza statale e rappresenta l'unico strumento di pianificazione e di governo del territorio nel proprio perimetro di competenza» (novellato art. 5, c. 2 *ter*, l. n. 84/94). Le aree portuali sono state qualificate come zone omogenee di tipo B (di completamento)⁹⁵ al fine evidente di sottrarle alle disposizioni dei piani paesaggistici. Ed anche il Documento di pianificazione strategica di sistema (DPSS) si è dovuto omologare al *trend*. Esso infatti ha cambiato nome: non più pianificazione ma programmazione, al mero fine di sottrarlo alla Valutazione ambientale strategica (VAS), percepita come un incubo da parte delle AdSP e da altre amministrazioni competenti⁹⁶. Insomma, concentrazione di poteri e potestà decisionale tutta in capo alle Autorità di sistema portuale (AdSP) col solo parere in conferenza dei servizi, entro il termine dei 45 giorni, alle Regioni e Comuni. Decorso tale termine, il parere si intende «non ostativo». E questo salvo che per i rapporti tra porto e città, ove Regioni e Comuni mantengono la loro potestà pianificatoria, previa acquisizione del parere della AdSP.

Si è cercato dunque di promuovere celerità e semplificazione negli *itinerari* amministrativi mediante l'introduzione di nuove, specifiche disposizioni. Ragguardevole, ad esempio, aver qualificato le opere pubbliche e private in area ZES come indifferibili, urgenti e di pubblica utilità (art. 5 *bis*, c.1, l. n. 123/2017), così implicitamente apponendo loro un vincolo preordinato all'esproprio. Implicante era stato attribuire al Commissario la qualifica di stazione appaltante, con poteri addirittura in deroga ai principi del codice dei contratti pubblici, almeno sino al 31/12/2026. E non meno significativa l'introduzione di una autorizzazione unica ZES dedicata ad ogni domanda e progetto di insediamento, non soggetti a SCIA, fatte salve le disposizioni riguardanti i procedimenti di VIA di competenza regionale. Neppure trascurabile il fatto che la predetta autorizzazione unica fosse

⁹⁵ Di cui alla l. n. 765/67 e D.I. n. 1444/1968.

⁹⁶ Ma non dalle Regioni, le quali non hanno accolto di buon grado quest'opera di 'centralizzazione' ed infatti hanno subito proposto un contenzioso alla Corte Costituzionale. Lo ha fatto, in particolare, la Toscana, che ha deliberato di contestare in particolare la modifica introdotta in sede di conversione del decreto dalle relatrici (le deputate Raffaella Paita e Alessia Rotta), perché asseritamente contraria all'art. 117 Cost, all'articolo 118, che disciplina l'attribuzione di funzioni amministrative agli enti locali, e all'art. 120, in quanto non rispetta – scrive la Giunta toscana – «il principio espresso dalla giurisprudenza costituzionale che in materia siano individuate adeguate procedure concertative e di coordinamento orizzontale tra lo Stato e le Regioni».

stata qualificata come variante agli strumenti urbanistici e di pianificazione territoriale col solo limite del piano paesaggistico regionale (art. 5 *bis*, c. 2, l. n. 123/2017). Si badi bene, non di proposta di variante si trattava, come avviene nel caso del procedimento autorizzatorio unico regionale (PAUR), ai sensi dell'art. 8 del D.P.R. n. 160/2010, in caso di insufficienza di aree urbanisticamente compatibili con l'investimento, ma di variante *sic et simpliciter*, evitando così di coinvolgere il Consiglio comunale. Inoltre, anche qui, nuove riduzioni dei termini procedurali sono state introdotte e costante è il richiamo al silenzio-assenso.

Si è insomma aperto un vero e proprio cantiere di sperimentazione amministrativa orientata a concentrare procedure e tempi di emanazione dei pareri a vario titolo richiesti. Con un vizio all'origine che, pur nell'apprezzabile sforzo compiuto dal legislatore, non è stato, cammin facendo, del tutto sanato. Alla riduzione di molti termini procedurali non ha fatto seguito un'adeguata concentrazione di poteri, i quali sono rimasti in capo alle varie autorità coinvolte senza realizzare quell'effettiva esigenza di «sportello unico» cui la vocazione delle ZES aveva legittimamente ambito sin dai suoi albori.

Neanche l'ultimo Decreto ZES (n. 124/2023) pare aver definitivamente dipanato questo nodo, il quale torna anzi al pettine in forme ancora diverse. Infatti, il citato art. 5 *bis* della l. 123/2017 viene abrogato⁹⁷ ma è, in buona parte, riproposto negli attuali artt. 14 e 15 del d.l. n. 124/2023. Viene confermata la natura di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza per i progetti, pubblici o privati, riguardanti attività economiche, industriali, produttive e logistiche all'interno della ZES Unica (purché relativi ai settori individuati dal Piano strategico)⁹⁸. Così come sono rimessi ad autorizzazione unica, attraverso una conferenza di servizi semplificata, i progetti di investimento, non soggetti a SCIA, fatte salve le norme VIA⁹⁹. Ancora oggi, l'autorizzazione unica, ove necessario, costituisce variante allo strumento urbanistico e comporta la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità dell'intervento.

Restano sul tavolo alcuni dei problemi di coordinamento già avvertiti in precedenza. Un medesimo iter specifico è stato previsto per quei progetti

⁹⁷ Art. 22 c. 1 lett. c) d.l. n. 124/2023.

⁹⁸ Art. 14 c. 2 d.l. n. 124/2023.

⁹⁹ L'autorizzazione unica sostituisce tutti i titoli abilitativi e autorizzatori comunque denominati, necessari alla «localizzazione, all'insediamento, alla realizzazione, alla messa in esercizio, alla trasformazione, alla ristrutturazione, alla riconversione, all'ampliamento o al trasferimento nonché alla cessazione o alla riattivazione delle attività economiche, industriali, produttive e logistiche.» (art. 14 c. 1).

di investimento che sono soggetti a VIA di competenza regionale: in questi casi, alla conferenza di servizi partecipa sempre il rappresentante della Struttura di missione ZES. Inoltre, laddove siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti che abbiano condotto ad un diniego di autorizzazione, il coordinatore della Struttura di missione può chiedere il deferimento della questione al Consiglio dei ministri «ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti» (art. 15 comma 6)¹⁰⁰.

Rimangono invece sostanzialmente invariate le norme relative alle opere ed alle attività ricadenti nella competenza territoriale delle Autorità di Sistema Portuale. Queste ultime assumono infatti -sia per progetti di iniziativa privata che pubblica- la qualità di amministrazione procedente e provvedono, quindi, a convocare la conferenza di servizi, cui partecipa sempre un rappresentante della Struttura di missione ZES, ed a rilasciare l'autorizzazione unica. Anche l'eventuale dissenso del rappresentante della struttura potrà comportare il deferimento della questione al Consiglio dei ministri (art. 15 c. 7).

Si è pensato anche di coinvolgere le Regioni nell'elaborazione del nuovo quadro strategico, consapevoli che le stesse mantengono non poche competenze su molti settori che interesseranno la vita concreta della ZES unica e notevoli peculiarità che occorrerà comunque valorizzare. Così le stesse Amministrazioni regionali potranno presentare una proposta di protocollo o di convenzione «per l'individuazione di ulteriori procedure semplificate e regimi procedurali speciali»¹⁰¹. Le Regioni hanno, quindi, la possibilità di rendere più attrattivo il proprio territorio, prevedendo ulteriori semplificazioni e misure dedicate che dovranno essere approvate dalla Cabina di regia. Ma non è chiaro come tali misure verranno recepite nel quadro regolatorio complessivo¹⁰².

¹⁰⁰ Qualora l'intesa non sia raggiunta, si applica in quanto compatibile l'art. 14 quinquies c. 6 della l. 241/1990 che prevede che «Qualora il Consiglio dei ministri non accolga l'opposizione, la determinazione motivata di conclusione della conferenza acquisisce definitivamente efficacia. Il Consiglio dei ministri può accogliere parzialmente l'opposizione, modificando di conseguenza il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza, anche in considerazione degli esiti delle riunioni di cui ai commi 4 e 5».

¹⁰¹ V. art. 14 comma 4 d.l. n. 124/2023.

¹⁰² Testualmente: «La proposta individua dettagliatamente le procedure oggetto di semplificazioni, le norme di riferimento e le amministrazioni locali e statali competenti ed è approvata dalla Cabina di regia di cui all'articolo 10, comma 1. Sono parti dell'accordo o protocollo la regione proponente e le amministrazioni locali o statali competenti per ogni procedimento individuato. Sono in ogni caso fatti salvi i livelli ulteriori di semplificazione, rispetto alla normativa nazionale, previsti dalle regioni e dagli enti locali nella disciplina dei

Un ulteriore tentativo di coordinamento il decreto l. n. 124/2023 lo realizza nei confronti del Ministero per la protezione civile e le politiche del mare, il quale figura tra i componenti permanenti della Cabina di regia ZES e tra quelli che contribuiranno alla stesura del Piano strategico della ZES unica (art. 11 c. 3). Viene dunque affidato a questo Ministero un ruolo di indirizzo e coordinamento per quanto attiene alla valorizzazione dell'economia del mare.

5.6. *Gli incentivi inadeguati*

Ulteriori discrasie normative erano emerse, negli scorsi anni, intorno alla natura e portata degli incentivi fiscali destinati alle ZES. Discrasie che affievoliscono di molto l'attrattività di queste aree e che sembrano trasferirsi anche alla ZES unica, non avendo il Decreto legge n. 124/2023 apportato i correttivi auspicati.

Basti pensare, anzitutto, alla tassabilità del credito di imposta maturato dall'impresa che effettua un investimento in area ZES. È infatti questa la conclusione cui è giunta l'Agenzia delle Entrate¹⁰³ richiamandosi, nel silenzio della legge, ai principi contabili¹⁰⁴. Si è così argomentato che tutte le volte in cui il legislatore ha ritenuto opportuno non attrarre a tassazione strumenti nati per incentivare investimenti lo ha detto, stabilendo

regimi amministrativi di propria competenza», art. 14 comma 4 d.l. n. 124/2023.

¹⁰³ V. interpello n. 85 del 05.03.2020 in cui l'Agenzia delle Entrate richiama precedenti circolari ed aggiunge: «Sulla natura del contributo in esame, sulla base delle precisazioni fornite dalla risoluzione n. 241/E del 19 luglio 2002 in merito all'analogo credito d'imposta per investimenti nelle aree depresse introdotto dall'articolo 8 della legge n. 388 del 2000, si ritiene che l'agevolazione in questione, generata dall'acquisto di beni strumentali nuovi, rientri nella categoria dei contributi in conto impianti. Chiarita la natura del contributo quale contributo in conto impianti, sulla base della scelta tra le tecniche di contabilizzazione dello stesso previste dai principi contabili nazionali, atteso che l'articolo 66, comma 2, del TUIR rinvia alle regole recate dall'articolo 102 dello stesso testo unico, resta ferma la rilevanza fiscale dei predetti contributi sulla base del principio di competenza».

¹⁰⁴ A differenza di altri bonus analoghi (precedenti e successivi), per il credito di imposta per lo sviluppo del Mezzogiorno il legislatore (nella legge di stabilità 2016, n. 208/2015) non dispone nulla circa la tassabilità o meno. È così intervenuta la circolare n. 34/E del 3.08.2016 in cui si legge: «in assenza di un'espressa esclusione normativa il credito d'imposta in esame è da considerarsi rilevante ai fini fiscali. Ciò comporta, tra l'altro, che tale credito, ai fini IRPEF, IRES ed IRAP, è da considerarsi come contributo tassabile. Naturalmente, le quote di ammortamento calcolate sui beni strumentali agevolabili sono deducibili dal reddito d'impresa» (paragrafo 6). Nello stesso senso Circolare n. 12/E del 13.04.2017. Sul punto v. A. SACRESTANO, *Il credito di imposta per il Mezzogiorno va tassato* in «Il fisco», n. 40 del 2016.

apertamente la non imponibilità dell'incentivo¹⁰⁵. Il credito ZES è stato invece modellato sul 'bonus Sud', alla cui disciplina si richiamava¹⁰⁶. Esso non prevede la non imponibilità del contributo e pertanto, in assenza di indicazioni specifiche, anche il credito ZES è risultato imponibile. È dunque sorto il dubbio che il legislatore avesse frettolosamente rinviato alla disciplina del *bonus Sud* senza porvi la necessaria attenzione, anche perché, con un successivo intervento, lo stesso legislatore ha previsto la riduzione del 50% dell'imposta sul reddito derivante dallo svolgimento dell'attività nella ZES proprio al fine di diminuire la pressione fiscale ed aumentare l'attrattività dell'area¹⁰⁷. Si è dunque adottata una politica di incentivazione fiscale non propriamente coerente, priva anche della affidabilità e trasparenza necessarie ad attrarre investimenti.

La riduzione dell'imposta sul reddito era inoltre 'disallineata' rispetto alla restante disciplina poiché individuava requisiti temporali diversi per fruire di incentivi tra loro correlati. In sostanza, una impresa, per non dover rimborsare il frutto credito di imposta, doveva permanere in area ZES per almeno 7 anni dalla conclusione dell'investimento¹⁰⁸, mentre per godere della detassazione dei redditi prodotti in area ZES¹⁰⁹, doveva permanervi

¹⁰⁵ V, ad esempio, ipotesi precedenti al bonus Sud quale quello introdotto dalla l. 296/2006 di cui i successivi paiono essere una trattativa riproposizione, ma anche successivi come il credito di imposta per beni nuovi strumentali 4.0 per il quale la legge di bilancio prevede espressamente la non tassabilità, v. art. 1 comma 192 l. 160/2019 (legge bilancio 2020) e (legge bilancio 2021, n. 178/2020).

¹⁰⁶ Art. 1 comma 98 e ss l. n. 208/2015 (legge stabilità 2016).

¹⁰⁷ V. legge di bilancio 2021 (l. n. 178/2020 art. 1 comma 173). Anche su questo profilo è intervenuta l'Agenzia delle Entrate con interpello n. 771/2021 chiarendo che la predetta agevolazione si applica anche a imprese già operanti in area ZES purché avviino attività non esercitate in precedenza. Il successivo comma 176 chiarisce che l'agevolazione rientra nell'ambito c.d. regime *de minimis*.

¹⁰⁸ V. art. 5 comma 3 d.l. n. 91/2017: «Il riconoscimento delle tipologie di agevolazione di cui ai commi 1 e 2 è soggetto al rispetto delle seguenti condizioni: a) le imprese beneficiarie devono mantenere la loro attività nell'area ZES per almeno sette anni dopo il completamento dell'investimento oggetto delle agevolazioni, pena la revoca dei benefici concessi e goduti.».

¹⁰⁹ La detassazione opera per 7 anni; ai sensi dell'art. 1 comma 173 l. n. 178/2020: «Per le imprese che intraprendono una nuova iniziativa economica nelle Zone economiche speciali (ZES) istituite ai sensi del decreto-legge 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2017, n. 123, l'imposta sul reddito derivante dallo svolgimento dell'attività nella ZES è ridotta del 50 per cento a decorrere dal periodo d'imposta nel corso del quale è stata intrapresa la nuova attività e per i sei periodi d'imposta successivi.».

per almeno 10 anni, mantenendo i posti di lavoro creati¹¹⁰. Il legislatore non individuava, in quest'ultimo caso, il *dies a quo* ma si poteva desumere che anche questo termine decorresse dalla conclusione dell'investimento; ciò anche perché era plausibile che i ricavi in area ZES iniziassero ad essere prodotti una volta concluso l'investimento ed entrato a regime il progetto. Era dunque subito emersa la difficoltà per le imprese di mantenere i posti di lavoro per almeno dieci anni quando non era certo che la ZES sarebbe durata oltre il primo o il secondo settennato e ancor meno chiaro appariva se la copertura finanziaria del credito d'imposta sugli investimenti e della riduzione della tassazione diretta sarebbero stata anch'essa mantenuta nel tempo. Anche perché, a fronte del predetto obbligo occupazionale, non erano previsti, sullo stesso versante, particolari e duraturi incentivi¹¹¹.

Anche la tipologia di investimenti agevolabili ha destato non pochi dubbi nel tempo. L'inserimento degli immobili strumentali tra i beni oggetto dell'investimento¹¹², ad esempio, ha prodotto una serie di interventi, da parte dell'Agenzia delle Entrate, non sempre persuasivi. Come quando si è ritenuto che la stipula di un contratto di *sale & lease back* non dovesse considerarsi assimilabile ad una cessione dell'immobile agevolato con ciò escludendo la decadenza dall'agevolazione¹¹³; quando si è

¹¹⁰ V. legge bilancio 2021, comma 174: «Il riconoscimento dell'agevolazione di cui al comma 173 è subordinato al rispetto delle seguenti condizioni, pena la decadenza dal beneficio e l'obbligo di restituzione dell'agevolazione della quale hanno già beneficiato: a) le imprese beneficiarie devono mantenere la loro attività nella ZES per almeno dieci anni; b) le imprese beneficiarie devono conservare i posti di lavoro creati nell'ambito dell'attività avviata nella ZES per almeno dieci anni.».

¹¹¹ Allo stato è prevista una decontribuzione in favore delle imprese operanti nelle regioni del centro Sud, v. art. 27 c. 1 l. 104/2020. La misura è stata estesa al 2029 dall'art. 1 c. 161 l. n. 178/2020 (legge bilancio 2021); ma nulla di specifico per le imprese insediate in area ZES. V. anche F. RUSSO, *L'abbattimento dell'IRES nelle zone economiche speciali, tra speranze di rilancio, ragionevolezza delle previsioni e coerenza con la legislazione vigente* in F. AMATUCCI, C. FONTANA (a cura di), *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, Napoli 2022, pp. 93-112 il quale ritiene che l'agevolazione non sembri pensata per incrementare la forza lavoro esistente ma piuttosto per mantenere stabili i livelli occupazionali, raggiunti grazie al taglio dell'IRES. Lo stesso A. pone in rilievo come il *trend* internazionale (Cina, Polonia e Africa orientale) di riduzione delle aliquote sui profitti aziendali sia ormai irreversibile e come, attraverso il taglio della pressione fiscale, si può raggiungere l'obiettivo di attrarre capitali.

¹¹² V. d.l. n. 77/2021 e n. 36/2022, *supra* nota n. 57. Sulla nozione di strumentalità, v. F.P. SCHIAVONE, *La nozione di beni immobili strumentali agli investimenti nelle aree ZES*, in F. AMATUCCI, C. FONTANA (a cura di), *L'impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, Napoli 2022, pp. 81-94.

¹¹³ Agenzia delle Entrate, risposta n. 519/2022 ad interpello posto da una società che, una volta ultimata la realizzazione di un immobile in area ZES, intende stipulare con un fondo

ritenuto che l'acquisto di un immobile in regime di proprietà superficaria non impedisse la fruizione del credito di imposta¹¹⁴; o quando si è pensato che l'installazione di impianti su un immobile in locazione non rientrasse nell'elenco previsto dal principio contabile OIC n. 16 relativo alle immobilizzazioni materiali e, in quanto tale, non costituisse dunque un acquisto agevolabile¹¹⁵. Infine, la stessa Agenzia aveva chiarito che i beni strumentali assoggettabili a contributo «devono caratterizzarsi per il requisito della strumentalità rispetto all'attività esercitata dall'impresa beneficiaria del credito d'imposta. I beni, conseguentemente, devono essere di uso durevole ed atti ad essere impiegati come strumenti all'interno del processo produttivo dell'impresa». Ne consegue che «il credito d'imposta riguarda gli investimenti in beni strumentali 'nuovi'». Pertanto, l'agevolazione non spetta per gli investimenti in beni a qualunque titolo già utilizzati¹¹⁶. Si trattava, nella fattispecie, di un compendio immobiliare che un'impresa aveva acquistato dopo averlo condotto in affitto di ramo d'azienda. È bastato questo per far ritenere all'Agenzia che tale compendio immobiliare difettesse del requisito della 'novità' e, come tale, non fosse agevolabile. Ciò che rappresenta una quanto mai opinabile integrazione, per via amministrativa, di un disposto di legge.

Insomma, la previgente disciplina ha evidenziato molteplici discrasie che non sembrano trovare alcun correttivo nel d.l. n. 124/2023, il quale nulla di nuovo prevede attorno alla natura (tassabile o meno) del credito di imposta mentre mantiene invariata la riduzione delle imposte dirette, nei limiti *de minimis*, per le imprese che intraprendono iniziative entro il 31.12.2023 (art. 22 c. 4).

Vengono invece introdotti nuovi limiti alle agevolazioni, rimanendo esclusi i progetti di importo inferiore a 200.000 euro e quelli in cui il valore di terreni ed immobili supera il 50% del valore complessivo dell'investimento.

immobiliare un contratto di *sale & lease back*. La posizione dell'Agenzia delle Entrate è stata confermata anche dalla risposta n. 352/2023.

¹¹⁴ Agenzia delle Entrate, risposta n. 302/2023 ad interpello riguardante l'acquisto di un immobile sito in area demaniale (di proprietà della Regione).

¹¹⁵ Non aveva invece trovato accoglimento la tesi della società la quale, ragionevolmente, evidenziava che si trattava di «beni che sotto un profilo oggettivo rientrano nella predetta classificazione (immobilizzazioni materiali) ma che, per situazioni di fatto (immobile condotto in locazione) debbano essere classificati come 'migliorie sui beni di terzi'». Agenzia delle Entrate, risposta n. 145/2023 (v. pp. 14-16) ad interpello riguardante tra le altre i profili dei lavori di adeguamento e di dotazione dei locali per lo svolgimento dell'attività consulenziale.

¹¹⁶ Agenzia delle Entrate, risposta n. 310/2023 ad interpello riguardante il requisito della 'novità' per i beni immobili.

Ciò che si traduce, da un lato, in una inevitabile penalizzazione per le piccole imprese che non hanno la forza di intraprendere investimenti ingenti e, dall'altro, nella esclusione di grandi progetti di recupero immobiliare.

La disciplina della ZES unica non tiene infine conto dell'incentivo, previsto da ultimo dal decreto sulla fiscalità internazionale (d. lgs. n. 209/2023) e subordinato all'autorizzazione della Commissione Europea, che mira ad attrarre imprese e professionisti che si trasferiscono in Italia (cd. impatriati) riconoscendo loro una detassazione del 50% dei relativi redditi (d'impresa e di lavoro autonomo) ai fini Ires/Irpef e Irap, per 6 periodi di imposta¹¹⁷. Com'è evidente, si tratta di una misura analoga a quella prevista dalla disciplina ZES di cui al d.l. n. 91/2017, che non è stata replicata per la ZES unica. Oggi viene riproposta, a vantaggio di imprese estere, senza alcuna relazione con la ZES del Mezzogiorno, così dando luogo all'ennesima diluizione di risorse, senza una visione d'insieme.

5.7. *I beneficiari esclusi*

Per beneficiare delle agevolazioni dedicate alle ZES bisogna essere impresa.

Non c'è spazio per i professionisti, che pure potrebbero offrire i propri servizi alle imprese che si insediano in area ZES¹¹⁸. Infatti, dove il

¹¹⁷ Art. 6 d.lgs. n. 209/2023: «1. Al fine di promuovere lo svolgimento nel territorio dello Stato italiano di attività economiche, i redditi derivanti da attività di impresa e dall'esercizio di arti e professioni esercitate in forma associata, svolte in un Paese estero non appartenente all'Unione europea o allo Spazio economico europeo, trasferite nel territorio dello Stato, non concorrono a formare il reddito imponibile ai fini delle imposte sui redditi e il valore della produzione netta ai fini dell'imposta regionale sulle attività produttive per il 50 per cento del relativo ammontare nel periodo di imposta in corso al momento in cui avviene il trasferimento e nei cinque periodi di imposta successivi. 2. Non sono incluse tra le attività di cui al comma 1 quelle esercitate nel territorio dello Stato nei ventiquattro mesi antecedenti il loro trasferimento. 3. Ai fini della determinazione dei redditi di cui al comma 1, il contribuente è tenuto a mantenere separate evidenze contabili idonee a consentire il riscontro della corretta determinazione del reddito e del valore della produzione netta agevolabile. 4. L'agevolazione di cui al comma 1 viene meno se nei cinque periodi d'imposta, ovvero dieci se trattasi di grandi imprese, individuate ai sensi della raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, successivi alla scadenza del regime di agevolazione il beneficiario trasferisce fuori del territorio dello Stato, anche parzialmente, le attività oggetto del precedente trasferimento e l'Amministrazione finanziaria recupera nei suoi confronti, con gli interessi, le imposte non pagate durante il regime agevolativo dal quale è decaduto. 5. L'efficacia delle disposizioni del presente articolo è subordinata, ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, all'autorizzazione della Commissione europea.»

¹¹⁸ Lo svolgimento dell'attività consulenziale è consentito in area ZES ma solo in forma

legislatore ha inteso inserire costoro tra i beneficiari delle agevolazioni lo ha detto espressamente¹¹⁹. Per i professionisti operanti al Sud, è stata prevista una misura¹²⁰ (nota come *Resto al Sud* e introdotta con il medesimo d.l. n. 91/2017 istitutivo delle ZES regionali) la cui platea è stata estesa ad essi solo nel 2019 con il d.m. n. 134¹²¹. Inoltre, la dichiarazione di essere iscritti nel registro imprese da inviare all'Agenzia delle Entrate ha sin oggi escluso i professionisti dai destinatari del credito di imposta¹²². Analogamente, l'ipotesi che un professionista (insediatosi in area ZES) possa beneficiare di una riduzione del 50% dell'IRPEF è fugata dal fatto che, nella dichiarazione dei redditi, viene espressamente richiesto di indicare (ai fini della detassazione) il reddito da quadro RF (ossia reddito di impresa) e non da quadro RE (reddito da lavoro autonomo derivante dall'esercizio di arti e professioni)¹²³. Anche su quest'aspetto, il d.l. 124/2023 non interviene. È dunque lecito attendersi che anche i nuovi modelli per la richiesta del credito di imposta e per la dichiarazione dei redditi delle imprese operanti nella ZES unica restino invariati.

C'è spazio, quindi, solo per le imprese. E devono essere particolarmente

imprenditoriale. È quanto si ricava dal recente interpello n. 145/2023 nel quale l'Agenzia delle Entrate ha avuto modo di affermare che: «come chiarito anche con la circolare n. 34/E del 3 agosto 2016, destinatari di tale beneficio sono tutti i soggetti titolari del reddito di impresa, individuabili in base all'art. 55 del TUIR, indipendentemente dalla natura giuridica assunta [...] considerato il riferimento generico del comma 98 alle 'imprese che effettuano l'acquisizione dei beni strumentali nuovi' quali destinatari del beneficio, e tenuto conto che il riferimento alle categorie escluse dall'applicazione dell'agevolazione è contenuto in un elenco tassativo (di cui al comma 100) – nel quale non sono ricomprese le imprese operanti nel settore della prestazione di servizi - si ritiene che la disciplina agevolativa possa essere applicata, in linea generale ed astratta, anche alle società che, come l'istante, operano nel settore dei servizi di consulenza».

¹¹⁹ V., ad esempio, le agevolazioni per la ZFU Sisma Centro Italia e, in generale, per tutte le ZFU dal 2017. Ed anche il credito di imposta previsto dalla legge di bilancio 2020 (n. 160/2019 beni strumentali 4.0); esso è fruibile anche dai professionisti (v. art. 1 comma 194). Riproposto anche con la legge di bilancio 2021 (n. 1078/2020), fruibile anche per i professionisti (v. art. 1 comma 1061).

¹²⁰ Non si tratta di credito di imposta ma di finanziamento a fondo perduto e agevolato, v. art. 1 comma 7 e 8 d.l. n. 91/2017.

¹²¹ V. d.m. n. 134 del 05.08.2019 in G.U. del 23.11.2019 n. 275; decreto che va a modificare il d. interministeriale n. 174/2017.

¹²² Si tratta del modello di comunicazione (per la fruizione del credito di imposta) come definito dal provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate (prot. 253453 del 30.06.2022); da ultimo, il modello è stato modificato (provvedimento prot. n. 18834/2023) e questa ultima versione deve essere utilizzata per gli acquisti a decorrere dal 1° gennaio 2023.

¹²³ V. le istruzioni del modello Redditi PF (redditi Persone Fisiche) 2022 rigo RS491.

solide. Non possono infatti fruire del credito di imposta le imprese che sono soggette a procedure di liquidazione o scioglimento e neppure le imprese 'in difficoltà'¹²⁴, come definite dal reg. UE n. 651/2014¹²⁵. Ciò equivale ad escludere dal novero dei beneficiari, tra gli altri, le imprese che operano da almeno 3 anni ed hanno perso, a causa di perdite cumulate, più della metà del capitale sociale sottoscritto. Non possono fruire del credito di imposta neppure le imprese che, ai sensi del diritto italiano¹²⁶, sono astrattamente fallibili (ossia integrano i requisiti oggettivi di cui all'art. 121 d. lgs. n. 14/2019) e si trovano in stato di insolvenza. In sostanza,

¹²⁴ In questo senso la lett. b) del comma 3 dell'art. 5 d.l. n. 91/2017 e il comma 3 art. 16 d.l. n. 124/2023.

¹²⁵ V. art. 2 (definizioni) reg. UE n. 651/2014: 18) 'impresa in difficoltà': un'impresa che soddisfa almeno una delle seguenti circostanze: a) nel caso di società a responsabilità limitata (diverse dalle PMI costituite da meno di tre anni o, ai fini dell'ammissibilità a beneficiare di aiuti al finanziamento del rischio, dalle PMI nei sette anni dalla prima vendita commerciale ammissibili a beneficiare di investimenti per il finanziamento del rischio a seguito della due diligence da parte dell'intermediario finanziario selezionato), qualora abbia perso più della metà del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate. Ciò si verifica quando la deduzione delle perdite cumulate dalle riserve (e da tutte le altre voci generalmente considerate come parte dei fondi propri della società) dà luogo a un importo cumulativo negativo superiore alla metà del capitale sociale sottoscritto. Ai fini della presente disposizione, per 'società a responsabilità limitata' si intendono in particolare le tipologie di imprese di cui all'allegato I della direttiva 2013/34/UE [— Italia: la società per azioni, la società in accomandita per azioni, la società a responsabilità limitata;] e, se del caso, il 'capitale sociale' comprende eventuali premi di emissione; b) nel caso di società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società (diverse dalle PMI costituite da meno di tre anni o, ai fini dell'ammissibilità a beneficiare di aiuti al finanziamento del rischio, dalle PMI nei sette anni dalla prima vendita commerciale ammissibili a beneficiare di investimenti per il finanziamento del rischio a seguito della due diligence da parte dell'intermediario finanziario selezionato), qualora abbia perso più della metà dei fondi propri, quali indicati nei conti della società, a causa di perdite cumulate. Ai fini della presente disposizione, per 'società in cui almeno alcuni soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società' si intendono in particolare le tipologie di imprese di cui all'allegato II della direttiva 2013/34/UE [— Italia: la società in nome collettivo, la società in accomandita semplice;]; c) qualora l'impresa sia oggetto di procedura concorsuale per insolvenza o soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei suoi confronti di una tale procedura su richiesta dei suoi creditori; d) qualora l'impresa abbia ricevuto un aiuto per il salvataggio e non abbia ancora rimborsato il prestito o revocato la garanzia, o abbia ricevuto un aiuto per la ristrutturazione e sia ancora soggetta a un piano di ristrutturazione; e) nel caso di un'impresa diversa da una PMI, qualora, negli ultimi due anni: 1) il rapporto debito/patrimonio netto contabile dell'impresa sia stato superiore a 7,5; e 2) il quoziente di copertura degli interessi dell'impresa (EBITDA/interessi) sia stato inferiore a 1,0. L'articolo è ora richiamato al comma 3 dell'art. 16 d.l. n. 124/2023.

¹²⁶ A seconda della nazionalità dell'impresa, valgono le diverse condizioni previste dal diritto nazionale.

l'impresa è chiamata a fare una autovalutazione (sempre rischiosa perché sindacabile *ex post*) per verificare se si trova in qualche stato di difficoltà. Restano escluse da quanto sopra le imprese cd. minori (che non integrano il requisito oggettivo di fallibilità sopra richiamato) ma che spesso non hanno la 'forza' economica per intraprendere investimenti in area ZES.

Non basta. Le imprese che si stabiliscono in una ZES non devono provenire (mediante delocalizzazione) da altri territori. Infatti, l'art. 14 par. 16 del reg. UE n. 651/2014 prevede che esse non debbano aver delocalizzato verso l'area ZES nei due anni precedenti e si debbano impegnare a non farlo nei due successivi alla conclusione dell'investimento¹²⁷.

Beneficiarie del credito di imposta sono dunque solo le imprese solide (ai sensi del diritto nazionale) che rispondono ad una serie di requisiti e non si delocalizzano per stabilirsi in area ZES. Possono invece beneficiare della riduzione di imposta prevista dalla legge di bilancio 2021 (detassazione al 50% nei limiti *de minimis*) le imprese che non necessariamente rispondono agli stessi parametri. In questo caso, infatti, la disciplina normativa non prevede restrizioni, fatta eccezione per la presenza di uno stato di liquidazione o scioglimento¹²⁸. Anche qui, il quadro normativo appare dunque discrasico prevedendo esso requisiti diversi (in relazione ai diversi incentivi fiscali) per le imprese che si insediano nella ZES. E nessun correttivo, in proposito, viene previsto nel d.l. n. 124/2023, il quale mantiene lo *status quo* quantomeno per le imprese che realizzano investimenti entro il 2023.

¹²⁷ In detta norma per delocalizzazione si intende: «il trasferimento della stessa attività o attività analoga o di una loro parte da uno stabilimento situato in una parte contraente dell'accordo SEE (stabilimento iniziale) verso lo stabilimento situato in un'altra parte contraente dell'accordo SEE in cui viene effettuato l'investimento sovvenzionato (stabilimento sovvenzionato)», v. punto 61 bis) 'delocalizzazione'. Anche in questo caso, l'impresa è chiamata a dichiarare la sussistenza di questi requisiti nella citata comunicazione da inviare all'Agenzia delle Entrate per fruire del credito di imposta. Si aggiunga che l'impresa solida e non delocalizzata (né in procinto di farlo), se grande, deve integrare ulteriori requisiti; v. punto 7 art. 14 reg. UE 651/2014. Se vuole realizzare un cambiamento fondamentale del processo di produzione, i costi ammissibili devono superare l'ammortamento degli attivi relativi all'attività da modernizzare durante i tre esercizi finanziari precedenti. Se, invece, intende diversificare uno stabilimento esistente, i costi ammissibili devono superare almeno del 200% il valore contabile degli attivi che vengono riutilizzati, registrato nell'esercizio finanziario precedente l'avvio dei lavori. La grande impresa inoltre non è in difficoltà solo se, negli ultimi due anni: 1) il rapporto debito/patrimonio netto contabile dell'impresa sia stato superiore a 7,5; e 2) il quoziente di copertura degli interessi dell'impresa (EBITDA/interessi) sia stato inferiore a 1,0, v. lett. e) art. 2 n. 18 reg. UE n. 651/2014.

¹²⁸ V. art. 1 comma 175 l. n. 178/2020.

Un'ultima notazione sui settori esclusi dalle agevolazioni: altra nota dolente della previgente disciplina che il nuovo intervento normativo affronta solo in minima parte. Sin oggi erano esclusi dal novero dei beneficiari del credito di imposta, coloro che operano nei settori dell'industria siderurgica, carbonifera, della costruzione navale, delle fibre sintetiche, dei trasporti e delle relative infrastrutture, della produzione e della distribuzione di energia e delle infrastrutture energetiche, nonché ai settori creditizio, finanziario e assicurativo. Cioè proprio le imprese che operano in alcuni dei settori chiave dell'attività portuale. Anche in questo caso, il mero rinvio – in quanto compatibile – alla disciplina del bonus Sud e più in generale a quanto previsto dal Reg. UE n. 651/2014 determinava questa discrasia. Ed anche su questo versante era dovuta intervenire l'Agenzia delle Entrate che aveva ridefinito il perimetro di applicazione, riconoscendo – ad esempio- la possibilità che imprese che svolgono attività di nautica da diporto possano beneficiare del credito di imposta ZES «sempre che non si tratti di attività – come quelle connesse al noleggio a viaggio¹²⁹ riconducibili al trasporto»¹³⁰.

Oggi il d.l. n. 124/2023 ha incluso tra i soggetti beneficiari quanti operano nell'ambito della costruzione navale e delle fibre sintetiche, del magazzinaggio e del supporto ai trasporti ma ha escluso chi svolge attività nei settori della lignite e della banda larga. Il che appare poco ragionevole proprio nell'ottica del riscatto delle aree destinarie delle agevolazioni le quali, notoriamente, versano in condizione di ritardo anche perché non godono ancora di connessioni digitali (art. 16 comma 3). Restano invece esclusi tutti gli altri settori che lo erano anche prima per ragioni che primariamente riguardano la disciplina della concorrenza europea, a testimonianza del fatto che anche su questo versante c'è ancora molto da fare.

6. *Indicazioni virtuose dall'estero*

Come già detto, le zone economiche speciali sono di tale varietà, nel mondo, da non permettere alcun discorso che le riguardi omogeneamente.

¹²⁹ Si intende per tale quello «ove l'itinerario e gli orari di partenza e di arrivo sono prestabiliti dallo stesso noleggiante: trattasi in questo caso di una fattispecie disciplinata dal codice della navigazione, che presenta indubbe affinità con il contratto di trasporto passeggeri e come tale va disciplinato, e quindi con i relativi adempimenti amministrativi e tecnici e con la necessità di iscrizione nel registro R.N.M.G.», v. Circolare n. 32/E del 21.09.2022.

¹³⁰ In questo senso v. la Circolare n. 32/E del 21.09.2022.

Né appare possibile trapiantare alcuni modelli esteri in un contesto, come il nostro, che non saprebbe accoglierli¹³¹. Di tutta evidenza, è infatti che una cosa è concentrare risorse, infrastrutture e competenze all'interno di porzioni di territorio collocate in contesti scarsamente popolati, rurali e con debole, se non assente, tessuto economico e produttivo; altro è fare un simile esperimento in contesti già largamente antropizzati, con la presenza di imprese che dovrebbero trasferirsi nell'area incentivata. Non è dunque possibile operare improbabili accostamenti o emulare ricette estere impraticabili.

Tuttavia, alcuni tratti distintivi, che caratterizzano le zone economiche e speciali di maggior successo, possono essere facilmente individuati. Ad uno sguardo attento, essi si palesano come segue.

Strategica ubicazione territoriale, non solo attenta a compensare il ritardo di sviluppo di un territorio ma anche accogliere le potenzialità di talune ubicazioni geografiche specie quelle correlate all'esistenza o alla realizzazione di porti in grado di intercettare importanti traffici marittimi. Ciò che, almeno in parte, è mancato nella prospettiva della legge originaria, n. 123/2017, e che ancor più manca oggi, in quella del d.l. n. 124/2023, che istituisce la ZES unica per il Mezzogiorno mirando piuttosto a beneficiare tutte le otto regioni ricadenti in obiettivo convergenza o transizione.

Forte concentrazione di investimenti pubblici su infrastrutture materiali e immateriali utili a creare un contesto dinamico e competitivo per possibili insediamenti produttivi. Ciò che non è dato riscontrare nella recente esperienza italiana.

Elaborazione di una visione vocazionale attribuita ad un territorio in ragione delle produzioni già presenti o di quelle che si è inteso attrarre come nel caso delle zone franche specializzate nelle nuove tecnologie, nell'editoria, nella lavorazione delle pelli, eccetera. La vocazione specialistica ha consentito di investire anche sulle competenze ed i servizi utili allo sviluppo di determinate produzioni così da rendere il terreno fertile per le imprese del settore, le quali hanno potuto trovare sul posto componenti, professionisti e servizi utili alla loro attività. Così facendo si è pure evitato di costituire zone franche, all'interno di uno stesso paese e magari a poca distanza le une dalle altre, che finissero con lo svolgere analoghe attività ed entrare dunque in concorrenza tra loro. Opposto, com'è evidente, l'approccio perseguito dalla ZES unica per il Mezzogiorno.

¹³¹ Limitandosi al bacino del Mediterraneo, sono di interesse le esperienze di Marocco, Turchia, Egitto, Tunisia sui quali v. A. PANARO, *Lo sviluppo delle free zones portuali: scenario e casi studio nel Mediterraneo*, M. ELGENDY, *Free Zones in Egypt: the GAFI experience*, M. SNOUSI e M.A. ZOARI, *Les parcs d'activités économiques en Tunisie* tutti in A. BERLINGUER (a cura di), *Porti, retroporti e zone economiche speciali*, Torino, 2018.

Forte concentrazione di competenze in capo ad organi, anche di natura privatistica, istituiti e incaricati di curare la promozione e la gestione delle zone economiche speciali. Con il che si è evitato di istituire nuovi livelli amministrativi che fungessero, come da noi, da mero raccordo tra competenze che rimangono attestate presso gli enti originari senza alcuna effettiva devoluzione di compiti e dunque senza realizzare il principio dello sportello unico (*one stop shop*)¹³².

Attenta pianificazione della durata della ZES, con allocazione di coperture finanziarie a sostegno degli incentivi stanziati per uguale lasso temporale, in modo da consentire all'investitore di elaborare un piano industriale utile a programmare il ritorno dell'investimento economico entro un arco temporale definito. Questo è avvenuto, per le ZES ubicate all'interno della UE, attraverso una negoziazione specifica che i singoli ordinamenti hanno intrapreso con la Commissione Europea, ciò che è mancato nella nostra esperienza. Il raffronto principale è con la Polonia che, al momento dell'ingresso nell'Unione Europea è riuscita a conservare l'esistenza delle ZES create nel 1994, ed oggi ha reso la quasi totalità della superficie nazionale area PIZ (*Polish Investment Zone*)¹³³.

¹³² Ritiene essenziale la «componente infrastrutturale *soft* delle ZES», ossia la presenza di *one-stop shop* e *sandbox*, l'OECD (2023), *Best practices in investment promotion: An overview of regional state aid and special economic zones in Europe*, cit, 41.

¹³³ Nell'area si può fruire di una esenzione di imposta in misura differente a seconda della localizzazione dell'investimento e della dimensione dell'impresa, per un periodo di tempo di 10-15 anni (15 se in area già ZES), in caso di realizzazione di un progetto che rispetti determinati requisiti non solo quantitativi ma anche qualitativi (volti alla realizzazione di uno sviluppo responsabile e sostenibile). Si tratta di un sensibile cambio di rotta rispetto alla disciplina esistente dal 1994, frutto della necessità di adeguarsi, dopo 2 decenni 'statici', alle nuove esigenze economiche ed a quelle espresse dagli investitori che, sinora, erano costretti ad attendere anche 20 mesi, 'confrontandosi' con 8 istituzioni separate prima di divenire 'operativi' e fruire dei vantaggi dell'insediamento in area ZES. Cancellando limitazioni locali e mettendo in atto una vera e propria opera di semplificazione, il nuovo intervento mira ad offrire incentivi agli investitori (in particolare piccole e medie imprese) polacchi ed internazionali. L'*Act on Supporting New Investments*, adottato dal parlamento polacco il 10.05.2018, prevede che si possa fruire di una esenzione di imposta dal 30 al 70% per micro e piccole imprese, dal 20 al 60% per medie imprese e dal 10 al 50% per grandi imprese. La formula di calcolo per individuare il valore dell'aiuto è la seguente: il prodotto dell'intensità massima dell'aiuto, stabilita in base a ciascuna zona, moltiplicata per il valore più elevato dei costi (costi dell'occupazione biennale dei nuovi posti di lavoro o costi d'investimento ammissibili). Studi condotti sul caso Polonia hanno evidenziato come il reale apporto delle ZES sia stato, nei fatti, marginale (in questi termini, G. MUGANO, *Special Economic Zones: show casing success and failures*, cit, p. 198: «In Central and East Europe, Poland initially established SEZs for a period of 20. Since then, it has extended the programme continuously to keep its SEZs alive. Recently, a new law had extended the SEZ benefits to all of

Adozione di un approccio pattizio, tra ordinamenti e investitori, che si è tradotto in altrettanti pacchetti localizzativi: cioè accordi ‘offerta al pubblico’ nei quali gli enti gestori delle ZES hanno indicato oneri, benefici e loro durata, alle imprese interessate ad insediarsi. Dunque proprio quell’approccio contrattualistico che è mancato nella nostra esperienza, ove le imprese faticano a interloquire e a comprendere tutti i vantaggi, ed anche gli svantaggi, che un eventuale insediamento in area ZES può comportare.

Si tenga infine conto che alcuni ordinamenti, come nel caso della Cina, hanno accompagnato l’evoluzione delle ZES in modo utile a disseminare benefici su tutto il territorio nazionale richiamando dapprima grandi investimenti attraverso importanti agevolazioni e poi attenuando queste ultime nel tempo al fine di impedire che le ZES esercitassero una eccessiva polarizzazione impedendo la nascita di altri sistemi produttivi ubicati in aree diverse¹³⁴. Si è viceversa tentato di far germogliare esperienze produttive che magari interagissero con le ZES al di fuori di queste ultime attraverso specifici investimenti ed agevolazioni in modo da generare un effetto *spillover* su più vaste zone del Paese.

Infine, non è mancato chi, come gli spagnoli delle Canarie, si è opposto all’applicazione indistinta della *Global minimum tax* proprio per mantenere una forte premialità in area ZEC rispetto alla tassazione delle multinazionali applicata sul resto del territorio nazionale ed europeo¹³⁵.

Poland’s surface area. Other major economies in the region have adopted similar measures to attract FDI. However, the development impacts on the wider economy have been marginal») e i primi commenti sul nuovo regime ritengono ambiziosi i piani governativi (v. sul punto, M. GRZEGORCZYK, *Overhaul of the special economic zones in Poland* url <<https://www.obserwatorfinansowy.pl/in-english/business/overhaul-of-the-special-economic-zones-in-poland/>> la quale ritiene il piano governativo molto ambizioso al punto di stimare che in dieci anni si otterranno risultati migliori di quelli che si sono realizzati nei 2 decenni precedenti); tuttavia, la recente decisione della Commissione Europea di approvare la mappa degli aiuti di Stato presentata dalla Polonia per il periodo 2022-2027 pare offrire la possibilità di far continuare ad operare le ZES in ambito europeo, persino su scala nazionale in aree come quella polacca. European Commission, Brussels 28.9.2021 C (2021) 6927 final, *State aid SA.64284 (2021/N) – Poland Regional aid map for Poland (1 January 2022 – 31 December 2027)* url <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202144/SA_64284_F0AFB77C-0000-CC62-A457-87FCABCCFC84_58_1.pdf>.

¹³⁴ Le ZES cinesi hanno perso di importanza perché hanno raggiunto l’obiettivo; v. in questo senso, C. MOSCA, *La disciplina fiscale delle zone economiche speciali in Cina* in F. AMATUCCI, C. FONTANA (a cura di), *L’impatto delle zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali*, Napoli, 2022, p. 209.

¹³⁵ V. sul punto, M. TRAPANESE, *L’esperienza spagnola della tributación mínima del 15% sul reddito delle società e la Zona Especial Canaria (ZEC): spunti di riflessione per la Globe Proposal ed i possibili carve-outs* in F. AMATUCCI, C. FONTANA (a cura di), *L’impatto delle*

Tema, questo, che, specie alla luce del d.l. n. 124/2023 del d.lgs. n. 209/2023¹³⁶, assume particolare rilievo. L'esempio delle Canarie sembra infatti particolarmente calzante nella prospettiva di accordare alle isole un trattamento fiscale differenziato che possa renderle maggiormente attrattive e compensare così, almeno in parte, quegli svantaggi derivanti dalla condizione insulare che il nuovo dell'art. 119, 6 comma della Costituzione intende rimuovere.

7. *Rilievi d'insieme*

Come abbiamo visto, dal 2017 ad oggi, la vicenda italiana delle Zone economiche speciali si è caratterizzata per il meritorio intendimento di fornire ad alcune aree del Paese gli strumenti per recuperare il loro ritardo socioeconomico rispetto a quelle più avanzate, anche mediante la ricucitura dei nessi economico-funzionali tra aree produttive e infrastrutture della globalizzazione: porti ed aeroporti.

Essa però, dai suoi albori, ha scontato i seguenti, principali vizi strutturali:

- eccessiva mutevolezza e frammentarietà del quadro normativo;
- mancanza di obiettivi di sviluppo territoriale chiari e verificabili;
- incertezza su tempi e modi per poterli raggiungere;
- insufficienza e volatilità delle risorse finanziarie disponibili;
- creazione di nuovi organi finalizzati alla semplificazione amministrativa con insufficiente o comunque non esaustiva concentrazione di poteri e risorse umane e materiali dedicate;
- incentivi economici alle imprese spesso non chiari, definiti e soddisfacenti;
- inadeguati parametri di ubicazione territoriale e inconferente perimetrazione delle aree oggetto di agevolazione.

zone economiche speciali sugli ordinamenti giuridici e finanziari nazionali, Napoli, 2022, pp. 187-200. In particolare sulla ZEC v. V.M. SANCHEZ BLASQUEZ, F. SCIALPI, *La Zona Especial Canaria (ZEC): riconoscimento giuridico, evoluzione normativa e conseguenze economiche* in A. BERLINGUER (a cura di), *Porti, retroporti e zone economiche speciali*, Torino, 2018, pp. 387-407.

¹³⁶ Il recente d. lgs. n. 209/2023 (*Attuazione della riforma fiscale in materia di fiscalità internazionale*, pubblicato nella Gazz. Uff. 28 dicembre 2023, n. 301) ha recepito la direttiva UE 2022/2523 del Consiglio del 15.12.2022 in materia di imposizione minima globale, disciplinandola agli artt. 8-12.

La disciplina normativa, più e più volte rimaneggiata mediante decreti legge e interventi alluvionali di normazione primaria e secondaria, ha poi scontato altri vizi di fondo, legati alla visione, spesso mutevole e contingente, perseguita. Tra questi si possono evidenziare la tendenza a considerare le ZES (non come uno strumento di sviluppo economico di aree strategiche ma) come strumento di coesione economico-sociale di aree arretrate, con un approccio più orientato a distribuire risorse che a generarle ed una specialità non esclusiva ma condivisa con molti altri strumenti vagamente simili (ZFD, ZLS, ZEA, ZFU, ecc.).

Si è assistito alla mancanza di una visione organica e integrata rispetto alle altre politiche dedicate alle infrastrutture, alla logistica, ai trasporti (anche aerei) ed alla portualità (ad esempio rispetto alle Zone franche doganali). Ed anche all'assenza di una specifica negoziazione, con le istituzioni europee, attorno agli obiettivi perseguiti, con il che ci si è dovuti "accontentare" dei varchi disponibili nella normativa UE, come il Regolamento di esenzione per categoria degli aiuti di Stato (reg. n. 651/2014).

Si è anche progressivamente avvertita la dubbia compatibilità dello strumento utilizzato rispetto alle finalità perseguite, con ulteriori, conseguenti dubbi sulla mancanza, nella scelta dei territori individuati, del principio di ragionevolezza e, almeno dal 2022, della dovuta attenzione al principio di insularità, introdotto all'art. 119, 6 c. della Costituzione, non riscontrandosi nella stessa normativa adeguati riferimenti alle "peculiarità insulari" ed alla rimozione degli svantaggi che da esse discendono.

Infine, ulteriori perplessità solleva la disciplina delle ZES rispetto alle prerogative delle Regioni a statuto speciale di Sardegna e Sicilia, non foss'altro perché detti statuti assegnano alla finanza regionale buona parte dei tributi erariali riscossi nei rispettivi territori. Se i benefici largiti dalla ZES hanno natura di credito di imposta e vengono quindi compensati con i tributi compartecipati dalle due predette Regioni, ciò significa che, in ultima analisi, il costo della misura ZES viene a ricadere in massima parte sulla finanza regionale.

Alle predette ed altre manchevolezze si è tentato di rispondere con plurimi correttivi, che però hanno reso ancor più frastagliato e mutevole un quadro normativo già assai complesso e impervio. Da ultimo, il d.l. n. 124/2023, ha ulteriormente cambiato (se non stravolto) la disciplina vigente, con l'abbandono dei precedenti criteri di localizzazione delle ZES, del ruolo delle Regioni, dei porti, delle AdSP e la rimodulazione degli incentivi concessi. Ma molte delle problematiche sopra evidenziate

non sono ancora state corrette. Anzi, si registra un ulteriore, significativo scollamento tra gli incentivi varati, la localizzazione degli stessi e le finalità di riscatto territoriale perseguite.

L'allocazione di crediti di imposta e di una (residuale) riduzione delle imposte dirette in *de minimis* su tutto il territorio di otto regioni del Mezzogiorno, oltre a sollevare dubbi sulla disponibilità delle coperture finanziarie richieste e sulla idoneità dei meccanismi amministrativi accentrati presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ad assolvere il compito loro attribuito, solleva ancor maggiori dubbi in ordine al rispetto degli art. 3, 53 e 119, 6 c. della Costituzione per difetto di ragionevolezza della scelta effettuata e per il sostanziale disconoscimento delle specifiche esigenze insulari, le quali vengono oggi solo evocate (attraverso un meritorio emendamento introdotto in sede di conversione del d.l. n. 124/2023) ma non debitamente individuate e soddisfatte.

Non solo, l'adozione del decreto n. 124/2023 senza un previo, specifico confronto con i governi delle Regioni a statuto speciale di Sardegna e Sicilia sembra viepiù collidere con le loro prerogative statutarie, le quali richiedono, sulle questioni di particolare interesse regionale, quantomeno un contraddittorio, addirittura prevedendo che, su dette questioni, sia garantita la presenza -in Consiglio dei ministri- del Presidente della Regione interessata (art. 47, Statuto della Sardegna e art. 21, Statuto della Sicilia). Ora, non ci risulta che, su questa specifica questione, si sia registrato un confronto tra autorità nazionali e regionali, finalizzato a concepire con spirito di leale collaborazione, peculiarità e caratura delle ZES delle due Regioni insulari a statuto speciale. E non sarebbe dunque da escludere, ad esempio, che il Governo regionale della Sardegna, avvedendosi di quanto previsto all'art. 51 comma 2 dello Statuto¹³⁷, possa reclamare la sospensione del decreto n. 124/2023 per rivedere l'impatto che esso produce sulle casse della Regione Sardegna (magari portando ad auspicata definizione la nota, annosa 'vertenza entrate').

Urge pertanto ricucire, attraverso opportuni ritocchi della normativa, i nessi tra lo strumento ZES-Unica, fors'anche rinominandolo (l'intero Sud Italia, composito ed eterogeneo com'è, non può certo qualificarsi come 'speciale'), e le finalità da esso perseguite, tenendo in debito conto le esigenze delle isole (in particolare Sardegna e Sicilia), le quali dovrebbero

¹³⁷ "La Giunta regionale, quando constati che l'applicazione di una legge o di un provvedimento dello Stato in materia economica o finanziaria risulti manifestamente dannosa all'Isola, può chiederne la sospensione al Governo della Repubblica, il quale, constatata la necessità e l'urgenza, può provvedervi, ove occorra, a norma dell'art. 77 della Costituzione" (art. 51, comma 2 l. cost. n. 3/1948).

veder mantenuti i presidi amministrativi esistenti (e forse la riduzione delle imposte dirette in *de minimis*) al fine di poter meglio intercettare le esigenze del territorio, i suoi svantaggi, per come oggi sono costituzionalmente enunciati, e poterli conseguentemente rimuovere. Sarebbe un intendimento meritorio anche al fine di concertare, con leale collaborazione, agevolazioni fiscali il cui costo viene sopportato, in via largamente maggioritaria, dalle finanze regionali. Viceversa, gli svantaggi e le esigenze insulari finiranno col confluire in un contenitore unico, per tutto il Mezzogiorno, con la conseguente negazione della loro specialità e l'ulteriore paradosso di veder tra loro omologate, condizioni demografiche, economiche, morfologiche ed infrastrutturali molto diverse tra loro.

Il problema è già avvertito a livello europeo. L'aver concepito come unico parametro utile ad individuare le regioni in ritardo di sviluppo la media europea del PIL/*pro capite* ha già comportato una sostanziale omologazione delle peculiarità - e conseguenti problematiche - delle isole e delle aree interne a quelle di altri territori disagiati. Senza che i dettami dell'art. 174 TFUE si traducessero in azioni concrete, mirate a ridurre gli svantaggi geografici e morfologici in esso menzionati. Si è quindi proceduto partendo dagli effetti e non dalle cause di tali divari territoriali, con ciò evitando di individuarle e proporre correttivi utili a rimuoverle o, quantomeno, ad affievolirle.

Insomma, l'esperimento delle ZES, che pareva poter dare buoni frutti negli anni a venire, non sembra, a distanza di oltre 6 anni, aver attecchito. Ed ancor oggi stenta ad esprimere le sue potenzialità. Principalmente per la pervicace tendenza, nel nostro Paese, a non programmare gli investimenti e consentire loro di potersi realizzare all'interno di un patto, col sistema pubblico, chiaro e duraturo, che preveda, in maniera affidabile ed intellegibile, anche ad operatori stranieri, diritti ed obblighi, in capo all'impresa e in capo alla PA. In secondo luogo, per la mutevolezza del quadro normativo, che dalla loro nascita ad oggi ha cambiato più e più volte l'architettura e la missione caratteristica delle ZES, senza neppure dare il tempo ad Enti gestori ed operatori economici di adeguarsi alle sempre nuove indicazioni di legge. Infine, per la irresistibile tendenza dei processi politico amministrativi a generare nuovi enti, nuove competenze, nuove procedure, nel sistema pubblico, non sempre con il fine di rendere migliori servizi ma spesso con quello di controllare e gestire processi decisionali e finanziari.

Il perché di tutto questo si deve a molteplici fattori. Sullo sfondo, restano tuttavia alcune ragioni endemiche, di ordine politico e culturale,

che affliggono il nostro Paese e che risiedono nel difetto di una cultura liberale, incentrata sul cosiddetto *laissez faire*, di una amministrazione orientata al fare, che ragiona per obiettivi e non per procedure, di una politica che sappia attribuire allo Stato solo i compiti che gli appartengono, lasciando all'individuo la possibilità di organizzarsi e prosperare in un mercato al contempo libero, regolamentato e competitivo.

ABSTRACT

*More than 6 years have passed since the first decree establishing, in Italy, the Special Economic Zones (SEZs). A renewed and fruitful relationship between the public and private sectors was envisaged at the service of the economic rebirth of the South, with more efficient and faster administrative procedures, tax relief, renewed infrastructures and better connections with global markets. The experiment didn't work. Mainly because of the tendency, in our country, not to offer investors a clear and lasting pact with the public system; because of the endemic changeability of the regulatory framework; because of the irresistible tendency to generate new entities, new procedures, in the public system, for the sole purpose of controlling and managing decision-making and financial processes. What is missing is a liberal culture, centred on the so-called *laissez faire*, an administration oriented towards doing, which thinks in terms of objectives and not in terms of procedures, a policy that assigns to the state only the tasks that belong to it, leaving the individual the possibility of organizing and prospering in a market that is, at the same time, free, regulated and competitive.*

KEYWORDS: Public; Private; SEZ; Economic; Social; Territorial Cohesion; Southern Italy.

Carla Cosentino

*Sostenibilità, marketing e false informazioni:
il fenomeno del greenwashing*

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi – 2. Un confronto tra modelli – 3. La disciplina francese – 4. La *Green Claims Directive*.

1. *Cenni introduttivi*

Non c'è dibattito – al giorno d'oggi – nelle materie relative ai cicli produttivi, al consumo ed allo sviluppo in generale, nel quale non si evochi il termine *green*: ogni espressione – sovente inglesizzata – è ammantata dall'aggettivazione 'verde' e 'sostenibile'.

E così si parla di:

- *green economy*;
- *green new deal*;
- *green management*;
- *green market*, etc.

Il tema della sostenibilità ambientale impegna in modo sempre più intenso le politiche di *marketing* e di comunicazione delle aziende.

Emerge, infatti, la consapevolezza che, a fronte delle allarmanti notizie sul peggioramento delle condizioni ambientali, il consumatore si aspetti che queste ultime svolgano una funzione di deterrenza nel contenere simile processo.

È tale il nuovo ruolo, anche e soprattutto sociale, che le imprese sono chiamate a svolgere: essere maggiormente consapevoli e responsabili dell'impatto ambientale generato dalla propria attività significa assumere un comportamento etico e trasparente, che possa contribuire allo sviluppo sostenibile¹, cercando di favorire la salute e il benessere dell'ecosistema nel

¹ La definizione di 'sviluppo sostenibile' proposta dalla Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo delinea un progetto orientato al «soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri». Quanto al suo significato: «Sebbene il termine sostenibilità indichi un

suo complesso.

Siffatta premessa introduce la questione dei cosiddetti *green claims*, cioè delle asserzioni pubblicitarie ambientali, tese a garantire un minore impatto ambientale in diversi settori produttivi (energia, edilizia, tessile, solo per citare alcuni esempi), che determinano nei consumatori una concreta e reale propensione all'acquisto e, di conseguenza, una maggiore opportunità di profitto per gli operatori economici.

Esternare la propria 'virtuosità ambientale' nei processi produttivi, di distribuzione e di vendita consente la fidelizzazione del cliente, che si sente rassicurato sul modello di sviluppo sostenibile adottato da una particolare azienda.

Purtroppo, molto spesso, troppo spesso, tali dichiarazioni si traducono in un ambientalismo di 'facciata', determinato da affermazioni solo apparentemente veritiere, tese ad evidenziare l'impatto ambientale positivo dei propri servizi/prodotti o negarne l'effetto negativo con lo scopo ultimo di lucrare sulle scelte di consumo 'green'.

Ebbene, la carenza di attendibilità nella comunicazione ambientale attraverso un uso distorto di *green claims*, (cosiddetto *greenwashing*²),

concetto che riecheggia in maniera pervasiva nei più disparati ambiti, manca, allo stato, una definizione soddisfacente capace di dare attuazione agli enunciati, anche normativi, che lo riportano. Per comprenderne la portata, risulta utile richiamare l'etimologia stessa della parola, riconducibile al verbo *soutien*: sostenere o supportare; essa suggerisce, innanzitutto, la capacità di mantenimento dello *status quo* di un apparato, di un ordine, di un impianto, ad opera di alcuni soggetti. Le sue origini sono rinvenibili, senza dubbio, nella materia ambientale, in cui si fa riferimento alla potenzialità di un certo ecosistema di permanere inalterato nel tempo; ma il tema della sostenibilità si ricollega anche ad altri settori quali quello economico, sociale e culturale. Si tratta, quindi, di una modalità generale di comportamento, adattabile ai contesti e agli interessi via via emergenti. Se si considera l'ambiente la condizione primaria al soddisfacimento di ogni altro bisogno, risulta indispensabile affiancargli almeno altre due dimensioni della sostenibilità: una sociale ed una economica. Ed infatti benché il "sistema umano", inteso nel suo complesso, costituisca la principale causa degli squilibri ambientali esistenti, rappresenta contestualmente il campo di intervento attraverso cui è possibile garantire uno sviluppo sostenibile in tutti i suoi livelli. Va poi osservato che l'economia non è un'entità astratta ed autoregolata, ma il frutto di un costruito sociale e, pertanto, il suo funzionamento è strettamente dipendente dalle regole e dalle direttive conferitegli». Così G. SCIANCALEPORE, *Le dimensioni della sostenibilità*, in «Jura & Legal Systems», 1, 2020, p. 1 ss.

² Il termine viene attribuito all'ambientalista statunitense Jay Westerveld, che lo utilizzò per la prima volta al fine di descrivere criticamente il comportamento di alcune catene alberghiere, le quali, per evitare o ridurre il più possibile l'utilizzo di asciugamani da parte della clientela, adducevano i minori rischi dell'impatto ambientale del lavaggio della biancheria, nascondendo la reale motivazione economica. Westerveld ha individuato nella pratica del *greenwashing* una serie di peculiari caratteristiche: l'omessa informazione, ovvero

meramente destinato a fini pubblicitari ma lontano dalle reali politiche imprenditoriali, pone delicate e urgenti questioni di tutela del consumatore e di alterazione dei meccanismi concorrenziali³.

2. *Un confronto tra modelli*

Il fenomeno del *greenwashing* tocca due tematiche molto attuali che s'intrecciano tra loro: quella delle false informazioni e quindi della pubblicità ingannevole⁴, da sempre all'attenzione degli interpreti ed oggi

l'omissione di informazioni utili a svelare l'impatto ambientale di prodotti, servizi o attività; l'assenza di prove, ovvero l'affermazione del presunto carattere '*green*' di un prodotto senza chiare evidenze scientifiche o certificazioni ad opera di terze parti; l'uso di affermazioni approssimative, cioè tali da ingenerare equivoci da parte dei consumatori; l'individuazione di caratteristiche non esclusive per il prodotto reclamizzato; l'impiego di affermazioni totalmente false. Cfr. A. COBIANCHI, *Comunicare la sostenibilità. Oltre il Greenwashing*, Milano 2022, p. 82 ss.

³ In argomento si vedano F. IRALDO, M. MELIS, *Green Marketing. Come evitare il greenwashing comunicando il valore della sostenibilità*, Milano 2012, p. 39 ss.; A. LEONE, *Advertising e tutela del consumatore verde*, in «Dir. Ind.», 1, 2021, p. 73 ss.; F. BERTELLI, *I green claims tra diritti dei consumatori e tutela della concorrenza*, in «Contr. e Impr.», 1, 2021, p. 286 ss.; A. PISTILLI, *Il greenwashing tra pubblicità ingannevole e pratica commerciale scorretta: quando può dirsi atto di concorrenza sleale?*, in «Dir. Ind.», 4, 2022, p. 301 ss.; G. SPOTO, *Greenwashing: tutela dei consumatori e responsabilità delle imprese*, in «Dir. Agr.», 2, 2023, p. 337 ss.

⁴ Se è da riconoscere alla pubblicità una componente divulgativa, non può ignorarsi che il fine precipuo della stessa non sia certo quello di assicurare un'adeguata diffusione di notizie sui beni di consumo, quanto piuttosto quello di indurre all'acquisto dei prodotti di una certa impresa. In altri termini, lo scopo di informare è asservito all'interesse del mercato e della massimizzazione dei profitti, che mal si conciliano con il perseguimento di finalità maggiormente virtuose ed estranee ad una simile logica. La tendenziale funzione persuasiva della pubblicità impone, oltre all'obbligo di veridicità e correttezza nella diffusione del messaggio commerciale, anche quello della riconoscibilità. Tra le forme di pubblicità indiretta si annoverano tradizionalmente la pubblicità redazionale ed il *product placement*. Nel primo caso il messaggio pubblicitario o promozionale viene occultato mediante una comunicazione dal contenuto meramente informativo o disinteressato, apparentemente frutto di autonoma iniziativa della redazione di una testata giornalistica o di una emittente televisiva, ma in realtà predisposto dall'impresa produttrice e fatto inserire, dietro compenso, nel contesto del mezzo di informazione, senza alcuna indicazione che valga a contraddistinguerlo dalle altre notizie. In Francia, la L. del 1° agosto 1986 n. 897, recante interventi di riforma al regime giuridico della stampa, vieta espressamente il fenomeno. In Italia, la repressione della pubblicità redazionale avviene attraverso il disposto dell'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 74/92, in quanto si tratta di una forma di comunicazione commerciale nascosta, atta a sorprendere la

sempre più avvertita a causa della *vis* espansiva dei flussi informativi dovuti alla digitalizzazione, e quella della sostenibilità.

Si tratta, in altri termini, di un antico problema⁵, che si declina nella moderna ottica di *sustainable development*⁶, colorandosi di specifiche peculiarità.

Si allude al fatto che nel mercato dei prodotti cosiddetti ‘green’ il consumatore non è in grado di comprendere i termini della comparazione, non essendoci strumenti idonei a certificare in modo uniforme le caratteristiche di impatto ambientale di prodotti, servizi e attività. Non esistono, in altre parole, parametri chiari e facilmente verificabili per valutare l’impatto ambientale di un prodotto rispetto a quelli concorrenti.

Diversi sono gli interrogativi che il fenomeno solleva sia dal punto di vista della normativa applicabile, sia in relazione al profilo rimediabile, che alla sua reale effettività.

In prospettiva comparatistica, particolarmente interessante risulta il confronto con il sistema americano⁷ che prevede una legislazione specifica e piuttosto dettagliata in materia⁸.

buona fede del consumatore ed ad allentare i meccanismi di difesa psicologica dei destinatari. L’idoneità a trarre in inganno è, dunque, in *re ipsa*. Una problematica per molti versi affine alla precedente è quella connessa al *product placement*, pratica ugualmente contraddistinta dalla strumentale utilizzazione delle potenzialità persuasive della pubblicità occulta. Nel caso specifico, il prodotto, il marchio o altri elementi con il medesimo valore promozionale vengono collocati in un ambito scenico-rappresentativo non manifestamente pubblicitario, con l’intento di fare presa sul pubblico, sfruttando l’effetto suggestivo che possa derivare dal particolare contesto ambientale e narrativo in cui il bene è presentato. L’ingannevolezza deriva dalla non trasparenza del messaggio pubblicitario: lo spettatore è indotto ad un inconsapevole effetto di emulazione che influisce sulle sue scelte di acquisto. Per una completa disamina del problema, corredata da alcuni cenni alla prospettiva transnazionale, F. UNNIA, *La pubblicità clandestina. Il camuffamento della pubblicità nei contesti informativi*, in («Il Diritto privato oggi»), a cura di P. Cendon, Milano 1997, p. 196 ss.

⁵ Sul tema sia consentito il rinvio a C. COSENTINO, *Obblighi d’informazione e responsabilità. Esperienze italiana e francese*, Torino 2020.

⁶ Cfr., *ex multis*, D. IMBRUGLIA, *Mercato unico sostenibile e diritto dei consumatori*, in «Pers. e Merc.», 4, 2021, p. 189 ss.; G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012*, 1, 2012, p. 4 ss.; F. CAPRA, U. MATTEI, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, 2017, p. 38 ss.; A. QUARTA, U. MATTEI, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, 2018, p. 19 ss.

⁷ Si vedano M. McAREE, G. DAVIDIAN, *Greenbiz and Getting to Market: What It Takes to Go Green and Limit Liability*, su [https://www.americanbar.org], 25/04/2019; E.L. LANE, *Greenwashing 2.0*, in «Colum. J. Envtl.», 38, n. 2, 2013; M.A. DELMAS, V. CUEREL BURBANO, *The Drivers of Greenwashing*, in «Cal. Mgmt. Rev.», 54.1.64, 2011.

⁸ Sulla disciplina americana cfr. più diffusamente C. COSENTINO, *Environmental claims: quando la disinformazione «si veste di verde»*, in «Comparazione e diritto civile», 1, 2023, p. 89 ss.

Il *Federal Trade Commission Act (FTC Act)* e il *Lanham Act*⁹ si occupano del fenomeno del *greenwashing* dal punto di vista descrittivo e sanzionatorio.

Le linee guida introdotte dalla Federal Trade Commission (FTC), «*Guides for the Use of Environmental Marketing Claims*» (cosiddette *Green Guides*), costituiscono un documento di orientamento, utile alle aziende al fine di evitare affermazioni ingannevoli.

Per le *Green Guides* qualsiasi dichiarazione di sostenibilità delle aziende sui loro prodotti o servizi deve essere avvalorata da prove certe ed attendibili e fornire altresì chiare istruzioni sull'uso di determinati termini quali 'riciclabile', 'biodegradabile', 'ecologico' etc.

La sezione 5 del *Federal Trade Act* conferisce alla Commissione l'autorità di presentare reclami nei confronti delle aziende ritenute responsabili di contravvenire al divieto di *greenwashing*, a condizione che riesca a dimostrare la possibilità che i consumatori possano essere fuorviati dalla falsa asserzione.

Le sanzioni vanno dagli ordini di cessazione della condotta, alle sanzioni civili, alle ammende¹⁰. Secondo le disposizioni del *Lanham Act*, diverso livello di legislazione federale, le parti con interessi commerciali o competitivi possono esercitare un'azione civile contro le società responsabili di attività di *greenwashing*.

La sezione 43 dell'*Act* riconosce una responsabilità civile a carico delle

⁹ Anche noto come *Trademark Act of 1946*, consultabile su [<https://uscode.house.gov/view>].

¹⁰ Diversi sono i precedenti in materia reperibili su *Cases and Proceedings*, FTC, [<https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceeding>]. Nel giugno 2009 la Federal Trade Commission ha accusato tre diverse società (la Kmart Corporation, la Tender Cooperation e la Dyna – E International) di aver compiuto affermazioni ingannevoli sull'asserita biodegradabilità dei loro prodotti di carta. La FTC è riuscita a dimostrare che questi ultimi non potevano essere considerati tali, in quanto incapaci di decomporsi entro un ragionevole lasso di tempo dopo lo smaltimento. La vicenda si è conclusa mediante un'ordinanza, nella quale si fa espresso divieto di compiere false affermazioni in ordine al requisito della 'biodegradabilità' e con la richiesta esplicita di supportare, come previsto dal *Federal Trade Act*, qualsiasi affermazione pubblicitaria di sostenibilità con prove dotate di un certo grado di affidabilità. Nell'agosto 2009 la FTC ha accusato quattro società di tessili di aver ingannevolmente pubblicizzato ed etichettato vari articoli come derivanti dalla fibra di bambù biodegradabile, quando in realtà i medesimi erano costituiti da rayon. La FTC ha liquidato le accuse contro le società. In un altro caso, la FTC ha intentato un'azione contro l'American Plastic Lumber Inc. (APL) per aver fuorviato i consumatori sugli attributi ambientali dei suoi prodotti. La FTC ha affermato che gli annunci e i materiali di marketing dell'APL lasciavano intendere che i suoi prodotti fossero realizzati completamente con contenuto riciclato post-consumo. La FTC, invece, ha dimostrato che i prodotti in questione, in media, contenevano meno del 79% di contenuto riciclato post-consumo. Il provvedimento finale della Commissione ha inibito all'APL di compiere affermazioni ambientali ingannevoli per qualsiasi prodotto.

imprese che «compiono false dichiarazioni sulla natura, le caratteristiche, le qualità, o l'origine geografica di beni, servizi o attività commerciali¹¹».

Relativamente alla legislazione statale, va poi rilevato che in molti Stati sono in vigore singole leggi sulla protezione dei consumatori, note anche come «mini *FTC Acts*», che riflettono le disposizioni di cui alle *Green Guides* della FTC.

Si tratta di strumenti destinati ad un bacino d'utenza maggiore rispetto alla legislazione federale e che includono oltre alle imprese concorrenti anche i consumatori.

Diverse sono state le azioni legali promosse in California e nello Stato di New York contro noti marchi di consumo quali Windex, Fiji Water e Coca-Cola.

Per quanto concerne l'ambito europeo, invece, occorre prendere atto dell'assenza di una legislazione *ad hoc*, capace di regolamentare il fenomeno nella sua interezza e di contrastarne in maniera effettiva la diffusione.

Unico riferimento, decisamente datato, è la Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori¹², la quale, pur non contenendo disposizioni specifiche relative ai *claims* ambientali, ne costituisce l'attuale fondamento, al fine di assicurare che gli operatori non li utilizzino in modo ingannevole per il consumatore¹³. Quest'ultima va

¹¹ Così la *Section 43* «Any person who, on or in connection with any goods or services, or any container for goods, uses in commerce any word, term, name, symbol, or device, or any combination thereof, or any false designation of origin, false or misleading description of fact, or false or misleading representation of fact, which in commercial advertising or promotion, misrepresents the nature, characteristics, qualities, or geographic origin of his or her or another person's goods, services, or commercial activities, shall be liable in a civil action by any person who believes that he or she is or is likely to be damaged by such act».

¹² Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la Direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le Direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio («Direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), in G.U. L 149, 11.6.2005, 22 ss. Nel nostro ordinamento la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette è regolata dal D.lgs. 2 agosto 2007 n. 146, che ha recepito il contenuto della Direttiva *de qua* e modificato gli artt. dal 18 al 27 del Codice del consumo, nonché introdotto gli artt. 27 *bis*, *ter* e *quater*. Sul tema, si vedano, *ex multis* E. BATTELLI, *Nuove norme in materia di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in «Contr.», 2007, p. 1113 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in «Contr. Impr. Europa», 2007, p. 1 ss.; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in «Obbl. Contr.», 2007, p. 777 ss.; A. PERA, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza*, in «Riv. Dir. Civ.», 2, 2008, p. 509 ss.

¹³ Per completezza, l'art. 6 della Direttiva 2005/29/CE prevede che: «1. È considerata

coordinata con eventuali e settoriali normative UE in materia di asserzioni ambientali, come ad esempio il Regolamento europeo n. 1169/2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori¹⁴.

Sicuramente degne di nota sono le certificazioni ambientali da parte di soggetti terzi.

ingannevole una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei seguenti elementi e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso: a) l'esistenza o la natura del prodotto; b) le caratteristiche principali del prodotto, quali la sua disponibilità, i vantaggi, i rischi, l'esecuzione, la composizione, gli accessori, l'assistenza post-vendita al consumatore e il trattamento dei reclami, il metodo e la data di fabbricazione o della prestazione, la consegna, l'idoneità allo scopo, gli usi, la quantità, la descrizione, l'origine geografica o commerciale o i risultati che si possono attendere dal suo uso, o i risultati e le caratteristiche fondamentali di prove e controlli effettuati sul prodotto; c) la portata degli impegni del professionista, i motivi della pratica commerciale e la natura del processo di vendita, qualsiasi dichiarazione o simbolo relativi alla sponsorizzazione o all'approvazione dirette o indirette del professionista o del prodotto; d) il prezzo o il modo in cui questo è calcolato o l'esistenza di uno specifico vantaggio quanto al prezzo; e) la necessità di una manutenzione, ricambio, sostituzione o riparazione; f) la natura, le qualifiche e i diritti del professionista o del suo agente, quali l'identità, il patrimonio, le capacità, lo status, il riconoscimento, l'affiliazione o i collegamenti e i diritti di proprietà industriale, commerciale o intellettuale o i premi e i riconoscimenti; g) i diritti del consumatore, incluso il diritto di sostituzione o di rimborso ai sensi della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 maggio 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo, o i rischi ai quali può essere esposto. 2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso e comporti: a) una qualsivoglia attività di marketing del prodotto, compresa la pubblicità comparativa, che ingeneri confusione con i prodotti, i marchi, la denominazione sociale e altri segni distintivi di un concorrente; b) il mancato rispetto da parte del professionista degli impegni contenuti nei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare, ove: i) non si tratti di una semplice aspirazione ma di un impegno fermo e verificabile; e ii) il professionista indichi in una pratica commerciale che è vincolato dal codice».

¹⁴Trattasi del Regolamento UE n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i Regolamenti CE n. 1924/2006 e CE n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la Direttiva 87/250/CEE della Commissione, la Direttiva 90/496/CEE del Consiglio, la Direttiva 1999/10/CE della Commissione, la Direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le Direttive 2002/67/CE e 2008/5/CE della Commissione e il Regolamento CE n. 608/2004 della Commissione. Obiettivo primario del Regolamento è la fornitura di informazioni sugli alimenti, che tenda ad un livello elevato di protezione della salute e degli interessi dei consumatori, fornendo loro le basi per effettuare delle scelte consapevoli nel rispetto di considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali ed etiche.

Si allude al marchio di qualità ecologica dell'Unione Europea (Ecolabel UE) nato con il Regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio. Per il considerando n. 5: «Il sistema del marchio Ecolabel UE si inserisce nella politica comunitaria relativa al consumo e alla produzione sostenibili, il cui obiettivo è ridurre gli impatti negativi del consumo e della produzione sull'ambiente, sulla salute, sul clima e sulle risorse naturali. Il sistema è inteso a promuovere, attraverso l'uso del marchio Ecolabel UE, i prodotti che presentano elevate prestazioni ambientali. A tal fine, è opportuno prescrivere che i criteri ai quali i prodotti devono conformarsi per potersi dotare del marchio Ecolabel UE siano basati sulle migliori prestazioni ambientali ottenute dai prodotti del mercato comunitario. Tali criteri dovrebbero essere semplici da capire e da applicare ed essere basati su dati scientifici che tengano conto degli sviluppi tecnologici più recenti. Essi dovrebbero essere orientati al mercato e limitarsi agli impatti ambientali più significativi dei prodotti durante il loro intero ciclo di vita». In base all'art. 6 i criteri del marchio Ecolabel UE sono basati sulla prestazione ambientale dei prodotti, tenendo conto dei più recenti obiettivi strategici della Comunità in ambito ambientale.

Nel nostro ordinamento va segnalato lo schema nazionale volontario per la valutazione e la comunicazione dell'impronta ambientale dei prodotti, denominato *Made Green in Italy*, istituito dall'art. 21, comma 1, L. n. 221/2015¹⁵.

Occorre, tuttavia, evidenziare che questi modelli di certificazione, pur presentando un elevato grado di affidabilità e di veridicità in ordine alle caratteristiche e agli attributi dei prodotti che contrassegnano, costituiscono una scelta volontaria per le imprese che desiderano utilizzarli: non si tratta

¹⁵ È un marchio ambientale volontario, che prevede il logo *Made Green in Italy*, del quale potranno avvalersi quei prodotti italiani che risultino in possesso dei requisiti previsti dal regolamento, come impronta ambientale, DIAP16, conformità normativa del prodotto e alla RCP di riferimento. Lo schema è basato sul metodo *PEF*, di «Impronta Ambientale dei Prodotti» (*Product Environmental Footprint*), definito dalla Raccomandazione 2013/179/UE della Commissione europea del 9/4/ 2013. La *PEF* è una misura che, in relazione a molteplici criteri, stabilisce le prestazioni ambientali di un prodotto o di un servizio nel corso del suo ciclo di vita. Le informazioni relative alla *PEF* sono fornite con l'obiettivo principale di ridurre l'impatto ambientale dei prodotti e dei servizi, tenendo conto delle attività della catena di approvvigionamento (dall'estrazione di materie prime, alla produzione, all'uso e alla gestione finale dei rifiuti). Il progetto è frutto della volontà d'individuare una metodologia europea armonizzata per gli studi sull'impronta ambientale che includa una serie più ampia di criteri di prestazione ambientale. Cfr. in argomento P. CINQUINA, *Made green in Italy: cos'è e come funziona la nuova certificazione*, in «Ambiente e sviluppo», 10, 2018, p. 658 ss.

quindi di una legislazione avente efficacia generale, che possa imporre alle imprese chiari riferimenti nella redazione dei *claims* ambientali, ma di schemi di attestazione di un certo impatto ambientale, che si ottengono attraverso l'intenzionale adesione a precisi standards.

3. *La disciplina francese*

L'inesistenza, a livello europeo, di una normativa specifica sulle informazioni ambientali è stigmatizzata anche dalla dottrina francese¹⁶.

Come in tutti i paesi dell'Unione, anche l'ordinamento francese può invocare il contenuto della Direttiva 2005/29/CE in caso di *claims* scorretti e/o fuorvianti, ma le sue previsioni risultano troppo ampie e generiche, tanto da determinare spesso l'inapplicabilità o l'inefficacia del divieto.

Le stesse Corti, in assenza di univoche indicazioni, esprimono giudizi altalenanti e incapaci di condannare l'utilizzo di asserzioni pubblicitarie ambientali imprecise e sommarie.

In una sentenza di un tribunale belga¹⁷, ad esempio, il giudice ha stabilito che l'affermazione «écologique et plus efficace» riferita ad un detersivo fosse pienamente legittima in quanto talmente 'vaga' da non consentire al consumatore di lasciarsi guidare nella scelta al suo acquisto. Una simile decisione, tuttavia, rischia non solo di finire per avallare le aziende nell'uso di affermazioni generiche e prive di qualsiasi riscontro fattuale, ma di tradire la disciplina europea che, invece, scoraggia l'uso di tali attestazioni.

Nel medesimo senso è il provvedimento della Corte di Appello di

¹⁶ Sul punto E. TERRY, *Lutter contre l'écoblanchiment est nécessaire mais ne suffit pas pour atteindre une consommation responsable*, in «Revue juridique de l'environnement», 1, 2021, p. 73, per la quale: «La directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales et l'interdiction de pratiques déloyales et trompeuses (et les dispositions nationales qui la transposent) peuvent bien évidemment être invoquées contre les allégations vertes trompeuses. Mais il est acquis que ces normes ouvertes laissent une (trop) grande marge d'interprétation pour faciliter une lutte effective contre l'écoblanchiment. En effet, quand est-ce qu'une publicité verte donne «une fausse impression susceptible d'influencer le comportement économique du consommateur moyen» (cf. article 5 de la directive) ? Est-ce le cas pour une publicité qui évoque le caractère recyclable d'un emballage lorsque cet emballage ne l'est pas à 100 % ? Est-ce le cas pour un emballage affiché comme biodégradable lorsque cet effet peut seulement être atteint avec une installation industrielle?».

¹⁷ *Trib. de Commerce Anvers*, 7 novembre 2013, in «Annuaire pratiques du marché», 2013, p. 512-521.

Parigi, nel quale il Consesso ritiene non fuorviante l'affermazione secondo la quale una bottiglia viene definita 'riciclabile' anche se quest'ultima non risulta tale al cento per cento¹⁸.

È evidente come l'assenza d'indicazioni univoche e con efficacia erga omnes da parte del legislatore europeo penalizzi il consumatore finale, con pesanti ricadute anche in tema di tutela della concorrenza.

Sebbene infatti il dibattito sui temi dello sviluppo sostenibile – e il contrasto al *greenwashing* vi rientra a pieno titolo – sia al centro della politica internazionale ed europea, il riferimento è in particolare ai 'progetti' Europa 2020 e Agenda 2030¹⁹, si traduce in provvedimenti di natura prevalentemente programmatica (*soft law*), incapaci di regolamentare il fenomeno nella sua interezza e di contrastarne in maniera effettiva la diffusione.

In attesa di un intervento di più ampio respiro da parte delle Istituzioni europee, la Francia ha di recente licenziato due provvedimenti legislativi in materia: la *loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*, c.d. «loi anti-gaspillage» e la *loi du 22 août 2021, n° 1104 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, c.d. «loi climat et résilience».

In particolare, la seconda ha apportato diverse modifiche al Codice del consumo e a quello dell'ambiente in materia di pratiche commerciali 'verdi' e tutela del consumatore²⁰.

Nello specifico, l'art. 2 della *loi* 2021 – 1104 ha introdotto la

¹⁸ *Court d'appel de Paris*, 12 mai 2021, *Materne v. Andros*, n° 20/17544, in Terry, *Lutter contre l'écoblanchiment est nécessaire mais ne suffit pas pour atteindre une consommation responsable*, cit., p. 75.

¹⁹ Il primo, rappresenta la strategia decennale predisposta dall'Unione europea al fine di creare le condizioni favorevoli ad una «crescita intelligente, sostenibile e inclusiva», attraverso un maggiore coordinamento della politica economica e sociale tra Unione europea e Stati membri, allo scopo di migliorare il sistema economico ed incrementare il livello di occupazione della popolazione. A tal fine, l'Unione europea ha fissato cinque obiettivi quantitativi da realizzare entro la fine dell'anno 2020, relativi all'occupazione, alla ricerca e sviluppo, al clima ed energia, all'istruzione, all'integrazione sociale ed alla riduzione della povertà. Il secondo, l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, è un programma d'azione, sottoscritto nel settembre 2015 dai governi dei Paesi membri dell'ONU che individua diciassette obiettivi – *Sustainable Development Goals* – per un totale di ben centosessantanove traguardi di crescita. Per informazioni più dettagliate cfr. *Europe 2020: Commission proposes new economic strategy in Europe*, su [<https://www.ec.europa.eu>].

²⁰ Per un commento alla disciplina cfr. X. DELPECH, *Le contrat dans la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*, in «AJ Contrat», 2020, p. 108 ss.; D. FENOUILLET, *Pratiques commerciales encouragées*, in «Droit de la consommation, Dalloz», Parigi 2020, p. 477 ss.

sottosezione 1 *bis* alla sezione 2, capitolo I, titolo IV, libro V del Codice dell'ambiente, rubricata '*Affichage de l'impact environnemental des biens et services*' (Art. L. 541-9-11 *Code de l'environnement*), in materia di obblighi di informazione relativi all'impatto ambientale di beni e servizi immessi sul mercato nazionale e rispettive sanzioni. L'art. 7 ha poi inserito la sezione 8, al capitolo IX, titolo II, libro II del *Code de l'environnement* in materia di pubblicità di prodotti e servizi con un impatto climatico eccessivo e relativo regime sanzionatorio.

Particolarmente incisiva è la previsione della sezione 9 (Art. L. 229-68 e 229-69) al capitolo IX, titolo II, libro II del *Code de l'environnement*, rubricata '*Allégations environnementales*' ad opera dell'art. 12 della legge in parola. Ed infatti l'art. L. 229-68 prevede il divieto di utilizzo di talune rivendicazioni ambientali negli annunci pubblicitari, in particolare in tema di neutralità del carbonio. È vietata la pubblicità relativa al *marketing* o alla promozione di combustibili fossili, così come è preclusa l'affermazione che un bene o un servizio sia «neutro in carbonio» a meno che non siano soddisfatte condizioni rigorose²¹.

I termini e le condizioni per la comunicazione della *carbon neutrality* di prodotti o servizi sono stati, invece, disciplinati dal Decreto n. 2022-539 del 13 aprile 2022 (entrato in vigore il 1 gennaio 2023), al fine di garantire la trasparenza nei confronti del pubblico e di prevenire il rischio di *greenwashing*.

In generale è stato stabilito che una pratica commerciale è ingannevole quando si basa su asserzioni, indicazioni o presentazioni false o suscettibili di indurre in errore e relative: a caratteristiche essenziali del prodotto e del servizio, comprese le proprietà e i risultati attesi dall'uso, all'impatto ambientale (Art. L 121-2, c. 2, lett. b, *Code de la consommation*), nonché all'entità degli impegni dell'inserzionista, compresi gli obblighi ambientali, la natura, il processo o il motivo della vendita o del servizio (Art. L 121-2, c. 2, lett. e, *Code de la consommation*).

I divieti sono stati accompagnati dalle relative sanzioni. Ed infatti l'art. 11 della *Loi 2021-1104*, che ha modificato l'art. L. 132-2 del *Code de la*

²¹ *Article L. 229-68.-I. Code de l'environnement. Ces conditions sont (a concrétiser par décret): rendre disponible au public :«1° Un bilan d'émissions de gaz à effet de serre intégrant les émissions directes et indirectes du produit ou du service; 2° La démarche grâce à laquelle les émissions de gaz à effet de serre du produit ou du service sont prioritairement évitées, puis réduites et enfin compensées. La trajectoire de réduction des émissions de gaz à effet de serre est décrite à l'aide d'objectifs de progrès annuels quantifiés ; 3° Les modalités de compensation des émissions de gaz à effet de serre résiduelles respectant des standards minimaux définis par décret».*

consummation, prescrive che «Le pratiche commerciali ingannevoli di cui agli articoli da L. 121-2 a L. 121-4 sono punite con una pena detentiva di due anni e una multa di 300.000 euro. L'importo della multa può essere aumentato, in modo proporzionale ai benefici derivanti dal reato, fino al 10% del fatturato medio annuo, calcolato sulla base degli ultimi tre fatturati annui noti alla data del reato, o al 50% delle spese sostenute per la realizzazione della pubblicità o della pratica che costituisce il reato. Questa percentuale è aumentata all'80% nel caso delle pratiche commerciali ingannevoli di cui alle lettere b e dell'articolo L. 121-2, quando si basano su affermazioni ambientali».

Di particolare interesse è poi il nuovo art. L. 541-9-2 che prevede l'*indice de réparabilité*, un'informazione idonea a comunicare ai consumatori la possibilità di riparare un determinato bene.

Tutti i produttori, importatori, distributori o altri soggetti che immettono nel mercato prodotti elettrici sono tenuti ad avvisare il venditore dell'esistenza di tale indice (e dei relativi parametri per la sua determinazione), il quale deve essere annotato sulle etichette di vendita. Da gennaio 2024, il suddetto dovrà essere sostituito con l'indice di sostenibilità (*indice de durabilité*), idoneo a rappresentare le caratteristiche di solidità e affidabilità del prodotto.

Infine, va citato l'art. L. 541-15-10, III.5 del *Code de l'environnement* che ha introdotto la possibilità per i venditori di bevande da asporto di fissare un prezzo più basso per i prodotti venduti in contenitori riutilizzabili.

Si tratta chiaramente di una disposizione orientata alla sostenibilità al fine di aprirsi a strumenti che rendano anche conveniente l'utilizzo sostenibile delle risorse.

4. *La Green Claims Directive*

La lamentata assenza di una disciplina organica a livello europeo ha determinato l'attesa reazione della Commissione europea che, il 22 marzo 2023, ha emanato una nuova una proposta di Direttiva, c.d. «Proposal for a Directive on substantiation and communication of explicit environmental claims».

La proposta²² ha come precipua finalità quella di rafforzare i diritti dei

²² Cfr. G. MARCATAJO, *Trasparenza del mercato, tutela del consumatore e green washing*, in «Jus-online», 6, 2022, p. 214; G. SPOTO, *Greenwashing: tutela dei consumatori e*

consumatori²³ attraverso la modifica di due Direttive che ne tutelano gli interessi a livello di Unione: la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali (2005/29/CE) e la Direttiva sui diritti dei consumatori (2011/83/UE).

Ha come oggetto i *green claims*, ovvero tutte le dichiarazioni ambientali diffuse volontariamente da un'impresa in merito alle interazioni con l'ambiente di un prodotto, di un servizio o dell'attività dell'impresa stessa.

Rientreranno nell'ambito di applicazione della nuova normativa sia le asserzioni in forma testuale, sia quelli contenuti nei marchi ambientali adottati dalle imprese nell'ambito della comunicazione commerciale.

In base al contenuto della proposta, le imprese che si servono di un *green claim* per sostenere sul mercato i propri prodotti, servizi o la propria attività dovranno sempre rispettare una serie di requisiti minimi per attestare tali dichiarazioni e per comunicarle in maniera corretta al pubblico.

Nello specifico sarà necessario: chiarire se l'affermazione 'verde' si riferisca al prodotto nella sua interezza, a una parte o a determinati aspetti del medesimo (la stessa necessità afferisce ai servizi o all'attività dell'impresa); basarsi su prove scientifiche ampiamente riconosciute; dimostrare che l'informazione ambientale non si limita a pubblicizzare requisiti già imposti dalla legge; prendere in considerazione tutte le informazioni relative agli impatti e/o alle prestazioni ambientali oggetto del *claim* e specificare che il miglioramento di tali aspetti non determini, invece, un effetto negativo sul cambiamento climatico, sul consumo di risorse, sull'inquinamento, sulla biodiversità, sul benessere degli animali e sugli ecosistemi.

Qualora poi le imprese intendano servirsi di una pubblicità comparativa, sono tenute al rispetto di norme più rigorose, volte ad evitare di apparire più 'sostenibili' rispetto alle concorrenti attraverso la diffusione di informazioni non veritiere e/o non sufficientemente suffragate da dati scientifici di una certa rilevanza, o ancora mediante la pubblicizzazione di aspetti scarsamente rilevanti ai fini di un giudizio maggiormente 'green'.

Le informazioni utilizzate a supporto dei *claims* ambientali dovranno inoltre essere riviste e aggiornate non oltre cinque anni dalla data in cui sono fornite.

La proposta galvanizza il principio di trasparenza, teso ad assicurare che la comunicazione delle dichiarazioni ambientali sia chiara, comprensibile e in definitiva non ingannevole.

responsabilità delle imprese, in «Diritto agroalimentare», 2, 2023, p. 12.

²³ Si veda altresì la proposta di Direttiva *amending Directives 2005/29/Ec and 2011/83/Eu as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practises and better information*, su [<https://www.ec.europa.eu>].

A tal fine le informazioni sul prodotto, sul servizio o sull'attività dell'impresa che si pubblicizza, unitamente alla fondatezza dei dati forniti, dovranno essere rese disponibili, o in forma fisica o sotto forma di link, QR code *et similia*.

Nel dettaglio le imprese dovranno fornire ai consumatori almeno informazioni relative agli aspetti, agli impatti o alle prestazioni ambientali oggetto del *claim*, agli studi usati per valutarne gli effetti e, qualora si tratti di notizie relative al cambiamento climatico, l'indicazione sulla compensazione di emissioni di gas a effetto serra, specificando se si tratta di riduzione o rimozione delle stesse.

La proposta dedica apposite disposizioni ai marchi ambientali, per i quali è stabilito il rispetto dei requisiti del relativo sistema di etichettatura, il quale avrà appunto il compito di certificare che un prodotto, un processo o un'impresa possieda tutti i requisiti previsti per adottare il marchio ambientale di riferimento.

Una volta licenziata la Direttiva, non sarà più possibile per gli Stati membri avvalersi di nuove modalità di etichettatura ma saranno ammessi solo i sistemi sviluppati e accettati dall'UE.

Nell'ipotesi della creazione di un nuovo sistema di etichettatura, quest'ultimo dovrà essere prima approvato dagli Stati membri, solo se riesce a dimostrare di mirare al raggiungimento di ulteriori finalità ambientali rispetto ai marchi già esistenti, e poi notificato alla Commissione europea per un'ulteriore ratifica.

La Commissione infatti si occuperà di stilare, pubblicare e aggiornare costantemente una lista di tutti i sistemi di etichettatura riconosciuti all'interno dell'Unione.

Seguono una serie di indicazioni sulle modalità di certificazione dei *green claims*, i quali devono essere controllati e ratificati da soggetti terzi rispetto alle imprese ai quali si riferiscono (la disposizione non si applica alle microimprese), che hanno l'onere di verificarne la rispondenza ai requisiti individuati dalla proposta di Direttiva.

In caso di esito positivo, spetterà al soggetto incaricato del controllo redigere un certificato di conformità, il quale, riconosciuto dalle Autorità nazionali competenti alla verifica del rispetto della Direttiva, consentirà alle imprese di diffondere le dichiarazioni di sostenibilità in tutto il territorio dell'Unione.

Ciò non toglie la possibilità per le Corti o le altre Autorità nazionali di vagliare il rispetto dell'asserzione in relazione alle norme generali a tutela del consumatore. La certificazione, in ultima analisi, non preclude un

giudizio di illiceità del *claim* rispetto ad altre normative.

Infine, la proposta dispone l'obbligo per i singoli Stati d'individuare un'Autorità competente all'esecuzione e al rispetto del contenuto della Direttiva.

L'Autorità in questione, che può coincidere con quella già riconosciuta competente per il rispetto della Direttiva 2005/29/CE, sarà titolare di diversi poteri: dalla possibilità di accedere a tutta la documentazione, i dati e le informazioni giudicate rilevanti in caso di sospetta pubblicità ingannevole, all'attività investigativa *lato sensu* considerata, alla possibilità d'inibire le attività giudicate contrarie alla Direttiva anche attraverso l'applicazione di sanzioni.

Su queste ultime, le indicazioni della proposta non sono dettagliate: in linea con la natura della Direttiva, la Commissione non ne specifica la tipologia, ritenendo necessaria l'introduzione di un apparato sanzionatorio efficace, proporzionato e dissuasivo e tarando la gravità delle sanzioni sulla tipologia della violazione, sull'elemento soggettivo, sul vantaggio economico pervenuto all'impresa responsabile di *greenwashing*, sulla gravità della trasgressione.

Sulla proposta è possibile compiere alcune brevi considerazioni.

Benché vada salutata con favore, considerata l'imprescindibilità di un'iniziativa in tal senso a livello europeo che individuasse dei parametri cui ancorare il giudizio di liceità delle dichiarazioni 'verdi', l'aspettativa era che la Commissione avrebbe spinto in modo risoluto verso l'adozione di metodologie più incisive per poter disciplinare le asserzioni pubblicitarie di natura ambientale. *A contrariis* quello che si evince dalla lettura del testo è che nel formulare un *claim* ambientale, il produttore debba solo accertarsi che quest'ultimo sia ragionevolmente fondato su evidenze scientifiche in qualche modo riconosciute: alle imprese basterà dichiarare che si avvalgono di tali evidenze scientifiche, senza specificare di più.

Sarebbe stata auspicabile invece l'adozione di un metodo scientifico unico e specifico, dotato di precise caratteristiche.

Il tema diventa allora quello della credibilità della metodologia applicata.

Il funzionamento di un mercato *green* infatti presuppone una politica di educazione dei consumatori verso scelte consapevoli, perché fondate su dati veritieri. A tal fine allora è indispensabile che i sistemi di verificabilità delle informazioni siano certi e idonei a creare affidamento. Centrale ai fini del problema è evidentemente l'uniformità dei sistemi di certificazione e quindi è naturale che ci si aspettasse l'individuazione di una metodologia

univoca e omogena.

Così purtroppo non è, a discapito della comparabilità e della possibilità per i consumatori di scegliere, di selezionare un prodotto in relazione al suo grado di sostenibilità.

Si registra, quindi, l'assenza da parte della Commissione della volontà di proporre un'armonizzazione forte.

Tale scelta rischia poi di penalizzare quelle imprese che abbiano optato per l'adozione di schemi di certificazione volontaria, come ad esempio il *Made green in Italy*²⁴, per il rilascio dei quali sono previsti requisiti precisi e stringenti.

Anche sul fronte delle sanzioni, la previsione resta generale in un settore, quello della tutela ambientale, nel quale risulta particolarmente difficile la prova del danno²⁵.

Maggiori indicazioni da parte della Commissione sarebbero state più opportune laddove si rifletta sulla circostanza che è sull'apparato sanzionatorio che si costruisce una politica di effettiva deterrenza.

ABSTRACT

The consolidation of the global model of sustainable development in one with the growing social sensitivity towards the centrality of environmental issues directs the market preferences of consumers to green-oriented products that respect, starting from the production chain, standards compliant with the new circular economy. As a result, companies, the main stakeholders of consumer choices, are interested in communicating the environmental impact indications of products placed on the market. The distorted use of the aforementioned claims (so-called greenwashing), purely aimed to a return of image and lacking an adequate connection with the business policies actually followed, raises delicate and urgent issues of consumer protection and distortion of competitive mechanisms.

KEYWORDS: Green claims; Greenwashing; Consumer Protection; Sustainability.

²⁴ Cfr. nota 15.

²⁵ Sul tema si veda Cosentino, *Environmental claims: quando la disinformazione «si veste di verde»*, cit., p. 15 ss.

Emanuele Dagnino*

Rating e algoritmi tra rapporto e mercato del lavoro

SOMMARIO: 1. Sistemi di *feedback* e *review* nel lavoro: spunti di riflessione da una analisi comparata – 2. Da meccanismo “pubblico” di gestione del mercato a strumento di esercizio di un potere privato – 3. Sistemi di rating e feedback e personalizzazione nel rapporto e nel mercato – 4. Le deboli risposte nelle discipline sull'*algorithmic management* e la delega per discipline più specifiche nell'ambito dei rapporti di lavoro.

1. Sistemi di feedback e review nel lavoro: spunti di riflessione da una analisi comparata

Oggetto di questo contributo è l'analisi di una dinamica che rientra nel fenomeno della c.d. *nuova grande trasformazione del lavoro*¹ che sta caratterizzando le più recenti fasi di sviluppo produttivo e organizzativo e, in particolare, di una delle componenti tecnologiche di questa grande trasformazione: quella della diffusione di sistemi reputazionali fondati su *rating* e *feedback* (ossia valutazioni e recensioni) forniti dai clienti che, grazie all'utilizzo di trattamenti di dati automatizzati, consentono la profilazione del lavoratore. Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità per il cliente di un servizio di esprimere attraverso dispositivi informatici una valutazione sull'attività svolta dal lavoratore, valutazione che in sé o in connessione con altre informazioni consente di «analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale [...]» e «l'affidabilità»² della sua persona rispetto al corretto adempimento della prestazione lavorativa e degli altri obblighi

* Ricercatore a tempo determinato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

¹ Per un inquadramento della Quarta Rivoluzione Industriale quale fenomeno socio-economico tale da determinare una nuova grande trasformazione del lavoro si veda F. SEGHEZZI, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, ADAPT University Press, Modena 2017.

² Il riferimento in testo è alla definizione di profilazione fornita dall'art. 4, § 1, n. 4 del Regolamento (UE) 2016/679.

accessori del rapporto di lavoro.

Si tratta di una dinamica che, prendendo avvio dalla c.d. economia delle piattaforme si è andata diffondendo e sempre più si osserva all'interno di più tradizionali settori produttivi, grazie alla semplicità d'uso e alla progressiva diminuzione dei costi. Senza prefigurare, per ora, scenari alla *Black Mirror*³, la presenza di questo tipo di sistema è sempre più evidente nella nostra quotidianità. Nel contesto originario – ossia nell'ambito delle piattaforme destinate ad agevolare lo scambio di beni e servizi (da *eBay* e *AirBnB* alle piattaforme per la ricerca di servizi legali o medici professionali⁴) – tale sistema si sviluppa come meccanismo di abilitazione della fiducia all'interno dei mercati in quanto funzionale a “certificare” l'affidabilità rispetto ai comportamenti attesi dalle diverse parti di una transazione. Nel mondo del lavoro a questa funzione di correzione di asimmetrie informative se ne aggiungono di ulteriori: dall'uso a livello collettivo (o di gruppo di lavoro) per la valutazione del servizio offerto all'interno dei ristoranti ad usi individualizzati per definire le caratteristiche di un certo lavoratore e capire chi ha bisogno di interventi formativi, chi merita una promozione, quale sia la composizione del *team* che meglio risponde alle esigenze aziendali o chi debba svolgere una determinata attività.

In questo senso, i sistemi reputazionali sono parte integrante del c.d. *algorithmic management*, da intendersi come l'uso di software basati su algoritmi che consentono di automatizzare (in parte o totalmente) processi decisionali manageriali⁵, e incidono, di conseguenza, sulla gestione del personale e l'organizzazione del lavoro. Da ciò deriva una rilevanza trasversale a lavoro autonomo e subordinato e alla dimensione del mercato e del rapporto di lavoro, con ricadute di estremo rilievo rispetto alle discipline giuslavoristiche e, come si avrà modo di argomentare, con

³ Ci si riferisce alla serie televisiva di genere sci-fi distopico *Black Mirror* e, in particolare, alla puntata *Nosedive* (terza stagione, episodio 1) che presenta una società in cui la reputazione sociale costruita tramite la reciproca valutazione delle interazioni con gli altri determina lo status socio-economico dei cittadini.

⁴ Il lavoro da piattaforma rappresenta, in questo senso, una frazione del più ampio fenomeno dell'economia delle piattaforme. Per un inquadramento del c.d. *platform work* all'interno dello stesso si rinvia alle ricerche Eurofound, a cominciare da EUROFOUND, *Employment and working conditions of selected types of platform work*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

⁵ In termini di ricostruzione generale del fenomeno, tra i molti, A. WOOD, *Algorithmic management: Consequences for Work Organisation and Working Conditions*, JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology 2021/07 e S. BAIOTTO ET AL., *The Algorithmic management of work and its implications in different contexts*, Background Paper Series of the Joint EU-ILO Project “Building Partnerships on the Future of Work”, n. 9, 2022.

specifico riferimento a pubblico e privato negli odierni contesti di lavoro.

Data la portata transnazionale del fenomeno, le sfide poste dall'utilizzo dei sistemi reputazionali per la gestione dei mercati del lavoro e dell'organizzazione del lavoro possono essere utilmente studiate in una prospettiva comparata così da valutare – come la tradizione giuslavoristica insegna già con riferimento a precedenti fasi di sviluppo tecnologico⁶ – l'impatto di tale trasformazione rispetto alle strutture fondamentali del diritto del lavoro e rispetto alle peculiarità ordinamentali dei diversi Paesi.

A questo proposito, benché molte delle riflessioni che seguiranno possano essere traslate anche su altri ordinamenti giuridici, la scelta è stata quella di concentrare l'analisi comparata su due ordinamenti che presentano un elevato livello di comparabilità: Italia e Spagna. Non soltanto questi ordinamenti hanno una tradizione giuridica per quanto riguarda la legislazione del lavoro assai importante e con influenze reciproche, ma si tratta anche di due tra i primi Paesi ad avere introdotto specifiche discipline per rispondere alle sfide del lavoro da piattaforma e dell'*algorithmic management*.

Ciò detto rispetto alla scelta degli ordinamenti da sottoporre ad analisi, due sono gli aspetti del rapporto pubblico-privato nell'ambito del diritto del lavoro che si vogliono sottoporre a particolare attenzione all'interno dell'elaborato.

Un primo profilo, seguendo anche cronologicamente l'attenzione prioritaria riservata alla tematica nel formante giurisprudenziale e nel formante dottrinale, riguarda il rapporto tra l'uso originario di tali sistemi – che riguarda l'organizzazione del mercato (*recte* dei mercati) del lavoro – e quello successivamente assunto nel contesto del lavoro subordinato, quale strumento per l'esercizio dei poteri datoriali. È in questo secondo senso, che il tema viene ad emersione nel contesto giuslavoristico, quale elemento da considerare all'interno della *querelle* relativa all'esatta qualificazione del rapporto di lavoro dei lavoratori da piattaforma.

Una volta ricostruito il punto di impatto dei sistemi reputazionali basati su *feedback* e *review*, dando conto della diversa collocazione all'interno della disciplina giuslavoristica in base alle concrete modalità di funzionamento degli stessi (in alcuni casi, riconducibile all'area del c.d. *diritto del mercato del lavoro*; in altri rilevante con riferimento alla disciplina del rapporto individuale di lavoro e ai limiti all'esercizio dei poteri datoriali), l'analisi si concentrerà su un secondo aspetto relativo alle conseguenze di tali usi

⁶ B. VENEZIANI, *Nuove tecnologie e contratto di lavoro: profili di diritto comparato*, in *DLRI*, 1987, n. 1, pp. 1 ss.

rispetto ad una tradizionale tecnica di tutela del diritto del lavoro, trasversale ai due ambiti della legislazione giuslavoristica (rapporto e mercato del lavoro) e ai due ordinamenti individuati: quella della “spersonalizzazione del rapporto” che mira a mantenere distinto il contenuto della prestazione dalla persona del lavoratore, con la finalità di definire lo spazio di libertà personale del lavoratore all’interno del rapporto⁷.

Conclusivamente, si analizzeranno le risposte fornite dai due ordinamenti considerati rispetto a tale dinamica per verificare quale sia la *ratio* degli stessi e come si pongano rispetto alle sfide poste dell’adozione di sistemi di *feedback* e *review* funzionali all’operatività di processi decisionali o di monitoraggio automatizzati (il già richiamato *algorithmic management*).

2. Da strumento “pubblico” di gestione del mercato a strumento di esercizio di un potere privato

Partendo dal primo aspetto, la ricerca economica⁸ e quella giuridica⁹ hanno avuto modo di ricondurre il successo dell’economia delle piattaforme alla disponibilità di sistemi reputazionali a basso costo che riducendo le asimmetrie e aumentando la trasparenza tra gli operatori, agevolano la conclusione di transazioni su un determinato mercato. In questo senso, l’esistenza di sistemi di *rating* e di *feedback*, spesso bidirezionali, è funzionale a garantire nel tempo l’affidabilità di chi offre un prodotto o una prestazione all’interno del mercato. Presupposto per l’adeguato funzionamento di tali sistemi è l’accessibilità – pubblica o quanto meno garantita ai partecipanti alla piattaforma (*peers*) – dei profili così costruiti, comprensivi almeno della valutazione media (spesso espressa sulla base di semplici sistemi di classifi-

⁷ In termini già VENEZIANI, *ibidem*, con riferimento alla c.d. rivoluzione informatica degli anni Settanta-Ottanta. Per una ricostruzione dell’emersione di tale principio e sulla rilevanza dell’art. 8, l. n. 300/1970 a questo fine si veda N. ROSSI, *Contratto di lavoro e vita privata. Profili problematici del controllo sui lavoratori subordinati*, Giappichelli, Torino 2023, pp. 56-64.

⁸ Tra le prime analisi economiche sul punto si vedano A. SUNDARARAJAN, *The Sharing Economy. The End of the Employment and the Rise of Crowd-based Capitalism*, MIT Press, Cambridge 2016, *passim*, e S. TADELIS, *Reputation and Feedback Systems in Online Platform Markets*, in *Annual Review of Economics*, 2016, n. 1, pp. 321-340.

⁹ *Ex multis*, A. THIERER ET AL., *How the Internet, the Sharing Economy, and Reputational Feedback Mechanisms Solve the “Lemons Problem”*, in *University of Miami Law Review*, 2016, n. 3, pp. 830-878 e, in Italia, G. SMORTO, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *EDP*, 2016, n. 1, pp. 199-218).

cazione: le famose stelline di Uber), se non anche dei riscontri più o meno articolati forniti dal cliente. Rispetto a tale uso, il sistema reputazionale acquisisce una funzione di assoluto rilievo all'interno dell'infrastruttura tecnologica fornita dalla piattaforma e destinata a favorire l'incontro tra domanda e offerta. In questo caso, il sistema reputazionale rappresenta un elemento del servizio di intermediazione fornito dalla piattaforma.

Salvo alcuni isolati tentativi di inquadramento della tematica in senso ampio¹⁰, pur potenzialmente rilevante anche nell'ambito della disciplina dell'intermediazione di lavoro¹¹, la tematica è emersa all'attenzione del giuslavorista allorché – similmente a quanto avvenuto con riferimento ad altre discipline (si pensi al caso *Uber Spain* dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea)¹² – si è posto in dubbio che alcune delle piattaforme della *on-demand economy* si limitassero a fornire un servizio di incontro tra domanda e offerta tramite l'utilizzo di una infrastruttura tecnologica. Rispetto al diritto del lavoro, l'interrogativo riguardava e riguarda tutt'oggi, in particolare, l'esatta qualificazione del rapporto tra piattaforma e lavoratori delle piattaforme e, con specifico riferimento a tali sistemi, se gli stessi nell'economia del funzionamento del servizio offerto si configurassero come strumento di trasparenza nel mercato o come peculiare modalità di esercizio dei tradizionali poteri datoriali (direttivo, di controllo e sanzionatorio) che concretizzano la nozione di subordinazione (e sono alla base della definizione di lavoratore subordinato anche dove tale nozione non esiste)¹³.

La questione, data la pervasività del modello economico, interessa gli

¹⁰ A. DONINI, *Mercato del lavoro sul web: regole e opportunità*, in *DRI*, 2015, n. 2, pp. 433-458, cui adde L. RATTI, *Online Platforms and Crowdwork in Europe: A Two-Step Approach to Expanding Agency Work Provisions*, in *CLLPJ*, 2017, n. 3, pp. 477-511.

¹¹ Da segnalare, in questo senso, il caso della piattaforma per l'elaborazione dei profili reputazionali avviatosi con il Provvedimento del Garante per la Protezione dei Dati Personali n. 488 del 24 novembre 2016 che per le sue implicazioni sulle opportunità di lavoro dei soggetti profilati aveva attirato l'attenzione di una parte della riflessione giuslavoristica (cfr. A. DONINI, *Profilazione reputazionale e tutela del lavoratore: la parola al Garante della Privacy*, in *LLI*, 2017, n. 1, pp. R37-R57, cui sia consentito aggiungere E. DAGNINO, *Una questione di fiducia: la reputazione ai tempi delle piattaforme online tra diritto alla privacy e prospettive di mercato*, in *DRI*, 2017, n. 1, pp. 247-252).

¹² CGUE causa C-434/15, 20 dicembre 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL*, su cui, *ex multis*, M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, in *DML*, 2018, 1, pp. 335-347.

¹³ Cfr. G. DAVIDOV, M. FREEDLAND, N. KONTOURIS, *The subjects of Labor Law: "Employees and Other Workers"*, in M. FINKIN, G. MUNDLAK, *Comparative Labor Law*, Edward Elgar, 2015, Cheltenham, pp. 115 ss.

ordinamenti di tutto il mondo, dalla Francia¹⁴ al Brasile¹⁵ e oltre, ma mostra nel rapporto tra ordinamento spagnolo e quello italiano una connessione particolarmente significativa all'insegna dell'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica¹⁶.

Se, infatti, in un primo momento la giurisprudenza italiana – anche per ragioni connesse al *petitum* e alle allegazioni di parte ricorrente – ha escluso la qualificazione del rapporto tra piattaforma e lavoratore (in particolare, del *food delivery*) in termini lavoro dipendente, la giurisprudenza di merito che ha per primo ricondotto a subordinazione tale rapporto lo ha fatto con ampio riferimento a quanto sostenuto nella sentenza del *Tribunal supremo Sala de lo social, Sentencia 805/2020, de 25 septiembre*, in funzione nomofilattica. In questa sede, riconoscendo la validità di un orientamento maggioritario che si andava consolidando e che ampio supporto aveva ricevuto anche nella dottrina spagnola¹⁷, il *Tribunal* ha sottolineato che «*en la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas*» (§7.2). Di conseguenza, per quanto qui di interesse, ha osservato che l'«*establecimiento de sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de clientes constituye un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo*» (§18.3).

Sulla base di tali argomentazioni e ulteriormente sviluppando la propria analisi sul modello sottoposto al proprio giudizio – in cui la valutazione da parte del cliente rappresentava quota parte di un profilo costruito anche attraverso ulteriori indicatori – il Tribunale di Palermo¹⁸, seguito sul punto

¹⁴ Su tutte Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 4 mars 2020, 19-13.316 su cui P.-H. ANTONMATTEI, *La Cour de cassation requalifie en contrat de travail la relation contractuelle entre la société Uber et un chauffeur de VTC*, in *DS*, 2020, n. 4, pp. 374-376.

¹⁵ Ad attirare l'attenzione dei commentatori italiani è stata Vara do Trabalho de Belo Horizonte 14 febbraio 2017 in *RIDL*, 2017, n. 3 con nota di G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, pp. 570-578.

¹⁶ Su tutti, in tema, A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano 2001.

¹⁷ Su tutti, anche in termini ricostruttivi del primo dibattito spagnolo, A. TODOLÌ-SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017.

¹⁸ Trib. Palermo 24 novembre 2020, n. 3570, in *RGL*, 2021, n. 2, con nota di A. RICCOBONO, *Lavoro su piattaforma e qualificazione dei "riders": una "pedalata" verso la subordinazione*, pp. 241-256.

da successive decisioni di merito¹⁹, ha sostenuto che «la circostanza che il punteggio del rider aumenti in modo premiale [...] non toglie affatto che il suo mancato aumento o la sua riduzione (a causa di condotte che in sostanza corrispondono a una negativa valutazione nei predetti parametri) costituiscano delle vere e proprie sanzioni disciplinari atipiche, sanzionando in sostanza un rendimento del lavoratore inferiore alle sue potenzialità con una retrocessione nel punteggio e quindi nella possibilità di lavorare a condizioni migliori o più vantaggiose».

Analizzando il funzionamento del modello di *algorithmic management* adottato nel caso concreto, in sostanza, la corte ha posto in evidenza come questo peculiare sistema di verifica della prestazione risulti funzionale all'esercizio di un potere conformativo rispetto al lavoratore, tratto tipico della subordinazione.

Senza ulteriormente approfondire una *querelle* giurisprudenziale ancora in fase di sviluppo e che nel dialogo tra corti e legislatori (interni ed euro-unitario) assume più ampi caratteri di complessità, si può, per quanto d'interesse nella analisi, rilevare che tanto in Spagna quanto in Italia la valutazione circa la specifica funzione del sistema di *rating* incide in maniera rilevante rispetto alla classificazione del rapporto intercorrente tra piattaforma e lavoratore.

Allo stesso modo, spostando l'attenzione su aspetti di sistema che vadano al di là del lavoro da piattaforma, tale funzione incide sulla rilevanza dei sistemi nell'ambito del diritto del mercato del lavoro o del diritto del lavoro (subordinato), rispetto ai quali occorre valutare le specifiche tecniche di tutela approntate dal legislatore.

3. Sistemi di rating e feedback e spersonalizzazione nel rapporto e nel mercato

Come già rilevato, la tecnica di tutela connessa alla spersonalizzazione del rapporto di lavoro quale strumento per garantire la libertà e la dignità del lavoratore contro i rischi di coinvolgimento totale è stata individuata quale baluardo già rispetto ai rischi della rivoluzione informatica degli anni Settanta e alle sue potenzialità di controllo pervasivo tramite le macchine.

In questo senso, occorre primariamente osservare che – se sotto il

¹⁹ Per una rassegna delle decisioni che hanno ricondotto il rapporto di lavoro dei *rider* alla subordinazione si veda F. LUNARDON, *La subordinazione come rimedio alle carenze del legislatore*, in *LDE*, 2024, n. 1, pp. 1-12 e p. 4 con specifico riferimento al ruolo dei sistemi di *rating* nell'argomentazione relativa alla sussistenza della subordinazione.

profilo funzionale e teleologico – i limiti all’accesso ad informazioni relative al lavoratore e alle sue attività possono considerarsi omogenei, le discipline che inverano tale tutela sono tra loro piuttosto eterogenee. Mentre in Italia, la disciplina giuslavoristica ha ampiamente anticipato la normativa privacy nella tutela in materia (venendo poi da quest’ultima recepita), in Spagna già in una prima fase e ancora oggi è dall’integrazione tra discipline, anche costituzionali, sulla riservatezza (oggi *data protection*) e quelle giuslavoristiche che si è costruita la tutela avverso l’invasività dei controlli e delle indagini datoriali²⁰.

Nel contesto italiano, è il combinato disposto dell’art. 4 e dell’art. 8 dello Statuto che configura il nucleo originario di tutele in materia e la tensione sottesa al rapporto privato-pubblico nell’ambito del rapporto e del mercato del lavoro. In entrambi i casi, infatti, l’oggetto della tutela sono le informazioni sul lavoratore sia nella loro dimensione privata (la tutela della riservatezza) sia nella loro dimensione pubblica (libertà di manifestazione del proprio pensiero, non a caso, espressamente garantita dall’art. 1 dello Statuto). L’art. 4, nel vietare controlli diretti tramite tecnologie rispetto alla prestazione del lavoratore, per usare le parole della Relazione di Brodolini, «parte dal presupposto che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell’organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione “umana”, e cioè non esasperata dall’uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro»²¹. L’art. 8, che vieta le indagini sulle opinioni personali e sui fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale del lavoratore o del candidato lavoratore²², si interessa di aspetti che «non si collocano in una sfera strettamente privata, dalla quale si vuole allontanare qualsiasi sguardo indiscreto, ma che «sono, invece, costitutivi della proiezione pubblica della persona, sì che accompagnarli con un divieto di raccolta ha la funzione

²⁰ Su tutti, per l’Italia, ma con analisi comparata, R. ROMEI, *Profili comparati in materia di tutela della riservatezza*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Nuove tecnologie e tutela della riservatezza dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano 1988, pp. 230 ss.; per la Spagna, si veda F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia 1990, pp. 90-94.

²¹ G. BRODOLINI, *Relazione al DDL sullo “Statuto dei lavoratori”*, in *EL*, 2001 (ma 1969) n. 2, pp. 5 ss.

²² Ai sensi dell’art. 8, in particolare, «È fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell’assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell’attitudine professionale del lavoratore».

di evitare che, su questa base, un lavoratore possa essere discriminato»²³. Un'esigenza che il legislatore del 2003, nell'ambito della c.d. Riforma Biagi, ha voluto estendere, pur con formulazione in parte diversa²⁴, alle attività degli intermediari del mercato del lavoro²⁵.

In questo modo, le due previsioni tutelano la libertà e la riservatezza del lavoratore tanto con riferimento alle c.d. "licenze comportamentali", ossia tutti quei comportamenti attuati dal lavoratore al di fuori dell'attività solutoria²⁶ quanto con riferimento alla manifestazione pubblica delle proprie idee e della propria identità.

Seppur con un approccio diverso e un livello di tutela meno incisivo, anche la normativa spagnola ha adottato la tecnica della spersonalizzazione quale garanzia della persona del lavoratore nella sua sfera privata e pubblica. Partendo dai controlli a distanza se l'assunto di partenza è diametralmente opposto – ossia quello della legittimità di un controllo diretto sulla prestazione anche tramite tecnologie – il dialogo tra formante legislativo e giurisprudenziale, influenzato anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – ha comunque circoscritto la legittimità delle attività di monitoraggio al fine di garantire la riservatezza e la dignità del lavoratore. In questo senso, vanno da ultimo letti i più recenti interventi normativi che nell'integrare in maniera ancora più sostanziale normative di *data protection* e discipline lavoristiche (art. 20-bis, Estatuto de los

²³ S. RODOTÀ, *Introduzione*, in A. TROJSI, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, Giappichelli, Torino 2013, p. XIII.

²⁴ Art. 10, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, a norma del quale «È fatto divieto alle agenzie per il lavoro e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all'handicap, alla razza, all'origine etnica, al colore, alla ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento della attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. È altresì fatto divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo».

²⁵ Sulle *ratio* di tale disposizione, si veda I. DI SPILIMBERGO, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 537-544.

²⁶ Sul punto, anche per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali sulla nozione di licenze comportamentali, A. SARTORI, *Il controllo tecnologico sui lavoratori. La nuova disciplina italiana tra vincoli sovranazionali e modelli comparati*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 150-151.

Trabajadores) tramite attuazione dell'art. 88 del Regolamento (UE)²⁷ hanno dettagliato condizioni di utilizzo di alcune specifiche tecnologie (dispositivi digitali utilizzati dal lavoratore, videosorveglianza e geolocalizzazione²⁸) così superando alcune incertezze negli orientamenti giurisprudenziali. Quanto alla tutela delle informazioni raccolte, il legislatore spagnolo si è concentrato sul momento preassuntivo nell'ambito della disciplina giuslavoristica, prevedendo un divieto di richiesta di informazioni che potrebbero avere un uso discriminatorio. La disposizione²⁹ – che è al momento oggetto di un incidente “legislativo” dal momento che sono state approvate nello stesso giorno due diverse modifiche della stessa³⁰ – ha quindi finalità analoghe alla disciplina di cui agli artt. 8 Stat. lav. e 10 d.lgs. n. 276/2003 e si ritiene debba essere applicata tanto ai datori di lavoro quanto agli intermediari³¹ a prescindere dalla formulazione cui verrà dato definitivo accoglimento³².

Essa, al pari di quella italiana, si integra con le previsioni del Regolamento (UE) che, in ogni caso, vincolano al principio di minimizzazione e di finalità il trattamento di dati personale, anche del lavoratore.

A fronte di tale quadro di riferimento, i sistemi reputazionali basati su *rating* e *review* pongono non poche sfide, dal momento che esternalizzando l'attività di valutazione al cliente, le stesse potrebbero implicitamente (nei sistemi di rating) o esplicitamente (laddove sia possibile esprimere un'opinione) prendere in considerazione elementi estranei all'attitudine professionale e alla concreta esecuzione del servizio per *bias* impliciti o espliciti. Molteplici sono, d'altronde, gli studi che dimostrano con riferimento a specifiche piattaforme che le valutazioni vengono influenzate

²⁷ In tema, J.E. LÓPEZ AHUMADA, *El impacto de la digitalización del trabajo desde el punto de vista de la privacidad y el ejercicio de los derechos laborales*, in *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales Y Derecho Del Empleo*, 2023, n. 1, pp. 380-416.

²⁸ Cfr. artt. 87, 89 e 90, *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (c.d. LOPDGDD).

²⁹ Art. 16, co. 1, lett. c), *Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social* (c.d. LISOS).

³⁰ Risultano, infatti, contemporaneamente vigenti due formulazioni diverse che si distinguono per alcuni dettagli con riferimento alla platea (esplicita) dei destinatari del divieto e con riferimento alle categorie di dati protetti, l'una introdotta dalla *disposición final 1.2 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero* e l'altra la *disposición final 6.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero*.

³¹ Sul tema R. FERNANDEZ FERNANDEZ, *Selección de trabajadores y algoritmos: desafíos ante las nuevas formas de reclutamiento*, Arazandi, Navarra, 2022, cap. 4 che già lo riteneva applicabile con riferimento alla precedente formulazione della disposizione.

³² Soltanto in una formulazione, infatti, risultano sottoposte al regime di divieti introdotti anche le attività di intermediazione e collocamento, mentre nell'altra si fa solo generico riferimento ai processi selettivi.

da alcuni degli aspetti espressamente vietati dalla normativa (es. origine etnica, genere) e come i lavoratori soggetti a questo tipo di giudizio adattino il proprio comportamento e l'esposizione della propria identità per paura di ricevere valutazioni più basse³³. Considerato l'impatto di tali sistemi nei processi decisionali e sulla posizione nel mercato del lavoro, si può ritenere che le tutele sopra richiamate ne risultino particolarmente frustrate sia sul piano informativo, che su quello funzionale, dal momento che mirano ad evitare che certi aspetti rientrino nelle dinamiche contrattuali. E, questo, anche a prescindere dai dubbi circa l'opportunità dell'esclusione (totale in Spagna; parziale in Italia) dei servizi web che utilizzano tali sistemi dalla disciplina dell'intermediazione di lavoro³⁴.

Rispetto a tali rischi, la disciplina di *data protection* – applicabile in entrambi i Paesi – fornisce alcune rilevanti tutele, ma non è in grado di ristabilire il meccanismo di tutela della “spersonalizzazione” del rapporto di lavoro, come emerge da due importanti provvedimenti del Garante Privacy italiano. In uno dei casi sottoposti al suo giudizio³⁵ – è interessante notare – che il provvedimento è stato emesso ad esito di una operazione congiunta proprio con l'omologo spagnolo ai sensi dell'art. 60 del Regolamento³⁶. Tanto in questa decisione, quanto nella analoga decisione del caso Deliveroo³⁷, che pure fa un uso “giudiziario” della comparazione, il Garante ha preso in considerazione il funzionamento dei sistemi reputazionali, da un lato sanzionandone le modalità di trattamento dei dati e dall'altro con-

³³ Tra gli altri, B. ROGERS, *The Social Cost of Uber*, in *University of Chicago Law Review*, 2015, n. 1, pp. 95-98; R. DUCATO, M. KULLMANN, M. ROCCA, *Customer ratings as a vector for discrimination in employment relations? Pathways and pitfalls for legal remedies*, in T. ADDABBO ET AL. (a cura di), *Performance Appraisal in Modern Employment Relations: An Interdisciplinary Approach*, Palgrave MacMillan, London 2020, pp. 225-251.

³⁴ Per l'Italia, sia consentito il rinvio a E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, ADAPT University Press, 2019, pp. 64-66; per la Spagna C. SERRANO FALCON, *Proceso de contratación, política de empleo y uso de algoritmos*, in M.P. RIVAS VALLEJO, *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 179-210.

³⁵ Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l., Provv. n. 234 del 10 giugno 2021.

³⁶ Il procedimento avviato in Spagna si è concluso soltanto nell'anno 2024 con una decisione dell'AEPD (di 135 pagine) di condanna di GLOVOAPP23 per numerose violazioni della disciplina di protezione dei dati personali (v. Expediente N.º: PS/00209/2022). Per quanto riguarda i trattamenti automatizzati di cui i meccanismi di *rating* e *review* fanno parte, la decisione ha sanzionato l'azienda per violazione dello specifico obbligo di informazione previsto dall'art. 13 del Regolamento.

³⁷ Ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy s.r.l., Provv. n. 285 del 22 luglio 2021.

fermandone la legittimità di utilizzo. Sotto il secondo profilo, pur riconducendo il sistema di profilazione adottato dalle piattaforme alla nozione di processo decisionale automatizzato di cui all'art. 22 del Regolamento (UE), ne ha sancito la legittimità d'uso in ragione del paragrafo 2, lett. a) del medesimo articolo, ritenendolo necessario all'esecuzione del contratto tra le parti. Sotto il primo profilo, invece, l'intervento del Garante in materia di rating forniti dal cliente si è incentrato sull'assenza di «misure appropriate volte ad introdurre strumenti per evitare usi impropri e discriminatori dei meccanismi reputazionali basati su feedback», in violazione dell'art. 22, par. 3, ingiungendone di conseguenza l'adozione e periodica revisione. Se, con tale intervento, si fornisce una risposta rispetto ai rischi di utilizzo discriminatorio di tali sistemi (o almeno ad alcuni di essi)³⁸, d'altro canto, lo si fa chiedendo meccanismi correttivi che non incidono sul tipo di informazione e di valutazione che entra a far parte del processo decisionale. Inoltre, con riferimento alle tradizionali tutele dell'art. 4 e dell'art. 8, si può osservare come il secondo non venga proprio considerato, mentre il primo (la disciplina sui controlli a distanza dei lavoratori) venga in rilievo, ma rispetto ad altri profili del modello organizzativo (es. geolocalizzazione, etc.) a conferma delle difficoltà applicative di tali normative rispetto al fenomeno che si commenta.

4. Le deboli risposte nelle discipline sull'algorithmic management e la delega per discipline più specifiche nell'ambito dei rapporti di lavoro

Tanto il legislatore spagnolo quanto quello italiano hanno provato a dare una prima risposta alle sfide poste dall'*algorithmic management* nel contesto di lavoro, includendo nella loro azione anche l'utilizzo all'interno dei processi decisionali automatizzati dei sistemi reputazionali di cui si discute.

Anche con riferimento al formante legislativo, così come per quello giurisprudenziale e quello dottrinale, il rapporto tra i due ordinamenti nella direzione Spagna – Italia si conferma di particolare rilevanza. La disciplina introdotta in Italia da d.lgs. n. 104/2022 e, da ultimo, revisionata nell'ambito del Decreto Lavoro³⁹, è infatti ampiamente ispirata dal precedente spagnolo

³⁸ Si veda, oltre alla nota decisione di Trib. Bologna 31 dicembre 2020 sulla discriminatorietà dell'algoritmo Frank in *RGL*, 2021 n. 2, con nota di A. LASSANDARI, *Fenomenologia di Frank (Bongiorno): un algoritmo con cattive abitudini*, pp. 228-240, la recente decisione di Trib. Palermo 17 novembre 2023.

³⁹ Art. 1-bis, d.lgs. n. 152/1997, introdotto dal d.lgs. n. 104/2022 e modificato dal d.l.

del 2021⁴⁰, passando attraverso il tramite del dibattito sviluppatosi in sede euro-unitaria con riferimento alla Proposta di direttiva sulle piattaforme⁴¹. Benché sussistano alcune importanti differenze tra le due normative (in termini di destinatari e di modalità di definizione dell'ambito applicativo, in primis)⁴² due aspetti di omogeneità non possono essere revocati in dubbio e risultano di particolare interesse ai fini di questa analisi: la tecnica normativa e l'applicabilità di tale disciplina ai sistemi di rating e feedback adottati da piattaforme e datori di lavoro tradizionali.

Rispetto a questi ultimi, così come rispetto a tutti i sistemi decisionali, si chiede – nel caso italiano espressamente (art. 1-bis, comma 1 e comma 2 lett. b) d.lgs. n. 152/1997)⁴³ in quello spagnolo con formulazione generica la cui interpretazione è stata confermata dagli orientamenti ministeriali⁴⁴

n. 48/2023, convertito in l. n. 85/2023. In tema, sia consentito il rinvio a E. DAGNINO, *Modifiche agli obblighi informativi nel caso di utilizzo di sistemi decisionali o di monitoraggio automatizzati (art. 26, comma 2, d.l. n. 48/2023, conv. in l. n. 85/2023)*, in E. DAGNINO, C. GAROFALO, G. PICCO, P. RAUSEI (a cura di), *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48 c.d. "decreto lavoro", convertito con modificazioni in l. 3 luglio 2023, n. 85*, Adapt University Press, Modena 2023, pp. 69-76.

⁴⁰ Art. 64, co. 4, lett. d), *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, introdotto, definitivamente, dall'*art. único.1 de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre* (c.d. *Ley Rider*).

⁴¹ Ci si riferisce, in particolare, all'art. 6 della *Proposta di direttiva relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, COM(2021) 762 final, rubricato *Trasparenza e uso dei sistemi decisionali e di monitoraggio automatizzati*, su cui, *ex multis, ex multis*, C. SPINELLI, *La trasparenza delle decisioni algoritmiche nella proposta di Direttiva UE sul lavoro tramite piattaforma*, in *LDE*, 2022, n. 2, pp. 1-15 e M. DEL FRATE, *Tra gli ingranaggi dell'algoritmo, la chiave del lavoro mediante piattaforme digitali*, in *DRI*, 2022, n. 2, pp. 662-671.

⁴² Per una prima analisi comparata delle due discipline si veda J. PEÑA MONCHO, *The right of information of workers' representatives regarding the use of algorithmic management. A comparison between the Spanish and Italian legal approach*, in *DLM International*, 2023, n. 2, pp. 231-254.

⁴³ Da notare come la disposizione – che copre tutti «i sistemi decisionali o di monitoraggio integralmente automatizzati deputati a fornire indicazioni rilevanti ai fini della assunzione o del conferimento dell'incarico, della gestione o della cessazione del rapporto di lavoro, dell'assegnazione di compiti o mansioni nonché indicazioni incidenti sulla sorveglianza, la valutazione, le prestazioni e l'adempimento delle obbligazioni contrattuali dei lavoratori» – ha trovato prima applicazione proprio ai processi decisionali algoritmici delle piattaforme che integrano sistemi di feedback e review. Si vedano Trib. Palermo, 3 aprile 2023 in *Labor*, con nota di A. SCELSI, *Alla ricerca di un rinnovato spazio di azione politica in azienda: il sindacato e la leva della trasparenza algoritmica*, pp. 424-436; e dopo la riforma operata dal "D.L. Lavoro" Trib. Palermo 20 giugno 2023 e Trib. Torino 5 agosto 2023.

⁴⁴ Cfr. *Información algorítmica en el ámbito laboral. Guía práctica y herramientas sobre la obligación empresarial de información sobre el uso de algoritmos en el ámbito laboral*, Mayo

che nel caso in cui siano adottati tali sistemi l'azienda fornisca informazioni relative al concreto funzionamento degli stessi alle rappresentanze sindacali come condizione per lo svolgimento delle loro funzioni di controllo della legittimità dell'azione datoriale e di eventuale negoziazione delle concrete modalità d'uso.

Senza entrare nel dettaglio dell'intervento normativo e del sistema di ulteriori obblighi informativi, di consultazione o di vera e propria negoziazione presenti nei due Paesi, si può quantomeno rilevare come la strada scelta dai legislatori sia stata quella della trasparenza e del coinvolgimento delle rappresentanze dei lavoratori. Si tratta, all'evidenza, di normative che non incidono sul quadro sopra ricostruito, così lasciando spazi operativi, per quanto qui interessa, ai sistemi reputazionali. Se è pur vero che rappresentanze e aziende possono autonomamente decidere di definire (e limitare) modalità e ambiti di utilizzo di tali sistemi e finanche di escluderne l'adozione, si deve notare come la forma di coinvolgimento è prescelta è di tipo *debole*, a differenza dell'esperienza tedesca che ha voluto fortemente riaffermare gli spazi di co-decisione anche con riferimento alle più recenti tecnologie della intelligenza artificiale⁴⁵, ma anche della tecnica normativa italiana della negoziazione obbligatoria in caso di controlli a distanza sui lavoratori preterintenzionali⁴⁶.

In questo senso, si deve quindi ritenere che le iniziative poste in essere in Spagna e in Italia non siano idonee a contrastare i rischi completa attrazione della persona del lavoratore nelle dinamiche contrattuali e nelle modalità di incontro tra domanda e offerta di lavoro. Di maggior interesse risulta essere la prospettiva adottata dalla proposta di Regolamento AI

2022. In termini anche la riflessione dottrinale, per cui si vedano A. PASTOR MARTINEZ, *Los derechos colectivos de información, consulta y negociación del uso de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial*, in A. GINES I FABRELLAS (a cura di), *Algoritmos, Inteligencia artificial y relación laboral*, Dykinson, 2023, pp. 335-362 e A. TODOLÌ-SIGNES, *Cambios normativos en la Digitalización del Trabajo: Comentario a la 'Ley Rider' y los derechos de información sobre los algoritmos*, in *IUSLabor*, 2021, n. 2, pp. 43-52, anche per l'inquadramento generale dell'intervento normativo.

⁴⁵ In tema, per una breve panoramica dell'intervento di riforma del 2021 relativo alla legge sui consigli di fabbrica (*BetrVG*), M. CORTI, *L'intelligenza artificiale nel decreto trasparenza e nella legge tedesca sull'ordinamento aziendale*, in *Federalismi*, 13 dicembre 2023, pp. 163-170.

⁴⁶ Il riferimento è al già richiamato art. 4, comma 1, l. n. 300/1970 che, anche a seguito della riforma operata nel 2015 continua a prevedere una procedura concertativa per l'introduzione di tecnologie, diverse dagli strumenti di lavoro, che abbiano potenzialità di controllo a distanza. La disposizione, in particolare, subordina l'introduzione di tali tecnologie all'accordo con le rappresentanze aziendali e, in assenza di accordo o delle rappresentanze, all'ottenimento di una autorizzazione da parte dell'ispettorato del lavoro competente.

che, benché con rilevanti limitazioni sul piano oggettivo e soggettivo, include le pratiche di *social scoring* tra le pratiche di intelligenza artificiale da considerarsi vietate⁴⁷. Nonostante la formulazione della Proposta di Regolamento, anche nel testo risultante dall'accordo raggiunto nel dicembre del 2023, non sembra essere applicabile ai sistemi qui analizzati – confermando la scarsa attenzione alle specificità del mondo del lavoro all'interno della proposta – emerge da tale previsione l'estrema pericolosità di tali sistemi che sono, in ogni caso, riconducibili alla categoria delle applicazioni tecnologiche ad alto rischio⁴⁸ e che, in quanto trattamento di dati personali del lavoratore, potranno comunque essere oggetto, ai sensi dell'art. 88 del Regolamento (UE) delle «norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro» che, conformemente al par. 2 dello stesso articolo, devono includere «misure appropriate e specifiche a salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati».

È, in definitiva, nell'integrazione tra discipline di *data protection* e discipline giuslavoristiche, oltre che nei possibili sviluppi della legislazione sull'intelligenza artificiale⁴⁹, che – anche a fronte di quanto emerso nei paragrafi precedenti – si può cercare risposta alle criticità di una delle applicazioni più *disruptive* della trasformazione tecnologica.

Abstract

Emerging with its disruptive effects in the context of the platform economy, the use of rating and review systems in relation to decision-making processes that make use of algorithms for the purpose of managing the services offered and the organization of work is progressively influencing more traditional work contexts. The effects on the worker are multiple and affect his or her position in the labour market, when the

⁴⁷ Art. 5, § 1, del Regolamento nella versione approvata dal COREPER il 2 febbraio 2024.

⁴⁸ Cfr. art. 6 e allegato III del Regolamento nella versione approvata dal COREPER il 2 febbraio 2024, su cui, per un primo commento, L. VALENTE, *La tutela del lavoro ai tempi dell'intelligenza artificiale*, in *lavoce.info*, 7 febbraio 2024.

⁴⁹ Non ha trovato accoglimento, ma rimane di esiziale interesse anche in prospettiva futura e fortemente supportato dalla riflessione giuslavoristica sulla tematica, il tentativo del Parlamento europeo di introdurre nel Regolamento sull'intelligenza artificiale un obbligo di informazione e consultazione per l'adozione delle tecnologie di intelligenza artificiale rilevanti nei contesti di lavoro. Sul testo proposto dal Parlamento e sulla sua importanza, tra i molti, A. ALAIMO, *Il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale: dalla proposta della Commissione al testo approvato dal Parlamento. Ha ancora senso il pensiero pessimistico?*, in *Federalismi*, 18 ottobre 2023, pp. 133-149.

rating and review system is public and affects the worker's ability to obtain new job offers, and in the employment relationship, when ratings and algorithms are used to define career paths or the assignment of specific tasks. Against this background, traditional labour law protections designed to limit the involvement of the individual in the employment relationship, along with data protection and data governance laws, are under unprecedented pressure with respect to the type of information employers or market participants can obtain through such assessments and how that information affects workers in the employment relationship and in the marketplace. In both supranational and national legal systems, issues of the portability of ratings, corrective mechanisms to possible distortions in such systems, and limits to their usability in the employment relationship and in the marketplace are emerging with increasing relevance. The transnational relevance of the phenomenon makes it necessary to take a comparative look at the debate and to the first legal interventions in this area.

KEYWORDS: Labour Law; Depersonalisation of the Relationship; Dignity and Freedom of the Worker; Employment Contract; Protection in the Labour Market.

Alfredo Ferrante

*Etichetta ambientale alimentare:
tra sostenibilità e tutela giuridica del consumatore**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Nuclei di contestualizzazione del fenomeno – 3. Etichetta ambientale e l'EU Ecolabel come prototipo di marchio dell'Unione Europea di qualità ecologica svincolato dai prodotti alimentari – 4. L'etichettatura energetica tra risparmio e cambiamento climatico – A. Progressivo ampliamento dello spettro dei beni e specializzazione del sistema – B. Mezzo: informazione e pubblicità al servizio di una miglior comprensione del sistema – C. Finalità: da un maggior risparmio al consumo sostenibile – D. Uniformizzazione del modello iconografico – 5. Comportamento del consumatore, multidisciplinarietà, *Green Consumption* – 6. Consumatore e *Green Consumption* – 7. Ciclo di vita e impronta ecologica – 8. L'implementazione dell'etichetta ambientale alimentare – A. Modelli iconografici volontari ed assenza di una politica di implementazione obbligatoria – B. Modelli iconografici volontari in presenza di una politica di implementazione obbligatoria – C. (*Segue*) Eco-Score e Planet-Score – D. Prospettive future – 9. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Grazie Presidente, buongiorno a tutti. Innanzitutto volevo ringraziare l'Associazione Italiana di Diritto comparato e tutte le persone che ci hanno permesso di riunirci in questa occasione che si caratterizza non solo per l'alta scientificità delle relazioni ma anche per una organizzazione impeccabile.

* Questa pubblicazione si inserisce nel programma *Onfoods*: *Onfoods* si colloca nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che il Governo italiano ha predisposto nell'ambito del programma Next Generation EU. Project “ON Foods - Research and innovation network on food and nutrition Sustainability, Safety, and Security - Working ON Foods”, financed by the European Union – Next Generation EU - National Recovery and Resilience Plan (PNRR) - Mission 4 Component 2 Investment 1.3 - Notice No. 341 of 15/03/2022 from the Italian Ministry of University and Research; Project data: Protocol of the request PE0000003, financing concession decree No. 1550 of 11/10/2022, CUP B93B22000070006.ONFOODS research project. Si veda la pagina web ufficiale: <https://onfoods.it/>.

L'intervento, che ha come titolo «L'etichetta ambientale alimentare: tra sostenibilità e tutela giuridica», ha la finalità di svolgere alcune considerazioni che possano contribuire al dibattito su una tematica che a mio avviso nei prossimi anni avrà alcuni sviluppi importanti a livello legislativo; del resto dal punto di vista dottrinale la relazione tra cibo e diritto è già stata colta con attenzione dall'Associazione¹, e più in generale è stata oggetto di attenzione tanto nel diritto agrario² che nel diritto alimentare,³ in un 'complesso'⁴ rapporto tra alimento e prodotto agricolo che oggi prende in considerazione l'alimento come bene giuridico⁵.

In questo senso non si vorranno offrire risposte esaustive al tema in analisi proporre alcune riflessioni giuridiche – ma anche con un taglio multidisciplinare – rispetto alle quali ci si può muovere o ci si potrà muovere in futuro per predisporre una adeguata normativa in materia di tutela del consumatore con particolare riferimento agli alimenti ed ai

¹ Vid. L. SCAFFARDI, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*. Atti del XXV Colloquio Biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato. (23-25 maggio 2019), vol. I e II, Roma Tre Press, Roma 2020. Per la relazione tra cibo ed ambiente si veda G. CERRINA FERONI *et al.* (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, vol. I, t. I e t. II, Cesifin, Firenze 2016, per alcune riflessioni che vi possono essere tra responsabilità ambientale e le scienze sociali vid. *v.gr.* B. POZZO, *La responsabilità ambientale e l'apporto delle scienze sociali*, in M. Graziadei, M. Serio (a cura di), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro*, Giappichelli, Torino 2017, p. 76 ss.

² Vid. *v.gr.* A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, M.P. RAGIONERI, *Diritto Agroalimentare. Le regole del mercato degli alimenti e dell'informazione alimentare*, Giappichelli, Torino 2020², GERMANÒ, *Manuale di Diritto Agrario*, Giappichelli, Torino 2022⁹. Vid. anche F. ALBISINNI, *Diritto agro-alimentare e metodo comparativo: oggetto, strumenti, e prospettive*, in Scaffardi, Zeno-Zencovich (a cura di), *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, cit., p. 191 ss.

³ Vid. S. BOLOGNINI, *Contrattazione a distanza e tutela del consumatore di prodotti alimentari*. Giappichelli, Torino 2018; ALBISINNI, *Strumentario di Diritto Alimentare Europeo*, UTET Giuridica, Milano 2020⁴, P. BORGHI *et al.*, *Trattato di Diritto Alimentare Italiano e Dell'Unione Europea*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2021, L. COSTATO *et al.*, *Compendio di Diritto Alimentare*, Cedam, Padova 2022¹⁰, S. MASINI, *Corso di Diritto Alimentare*, Giuffrè, Milano 2022⁶, A. VITALE, *Manuale di legislazione alimentare*, Franco Angeli, Milano 2018⁵. Con una visione comparata *v.gr.* M. FERRARI, U. IZZO, *Diritto alimentare comparato*, Mulino, Bologna 2012.

⁴ Così lo definisce A. IANNARELLI, *Il mercato agro-alimentare europeo*, in Scaffardi, Zeno-Zencovich (a cura di) *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, cit., p. 251 ss. In questo contesto si mancherebbe comunque un «eccezionalismo agricolo» (IANNARELLI, *Il mercato agro-alimentare europeo*, cit., p. 264 e 272 ss).

⁵ A. BELLIZZI DI SAN LORENZO, *L'alimento come bene giuridico*, in Cerrina Feroni *et al.* (a cura di) *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, cit., p. 41 ss.

prodotti alimentari.

Per affrontare queste tematiche il contributo ritiene necessario dapprima ricostruire il processo precedente che ha condotto ad alcune politiche dell'Unione europea ed a talune iniziative di etichettatura riferibili al fenomeno analizzato. Così, dopo una sistematizzazione delle politiche internazionali ed europee che muovono dalla necessità di apprestare nuove forme di protezione ambientale e climatica (*sub 2*), descriverà la disciplina normativa applicabile ai modelli di etichettatura relativa all'ambiente con particolare riferimento all'EU *Ecolabel* (*sub 3*) e all'energia (*sub 4*), in quanto questi modelli sono significativi nel porsi come tutela rispetto al cambiamento climatico e come strumenti di protezione dell'ambiente e quindi possono essere interessanti come spunti. Ritenendo che, nell'affrontare problematiche di tutela del consumatore, oggi, sia imprescindibile uno studio non solo giuridico ma multidisciplinare, si prenderà altresì in considerazione come il consumatore si inserisce nel mercato e quale sia la sua percezione non solo dei prodotti che acquista e consuma, ma anche più in generale, delle problematiche ambientali e del fenomeno 'green' (*sub 5-7*). L'ultima parte analizzerà alcune dei principali fenomeni normativi relativi all'etichettatura ambientale alimentare prestando particolare attenzione all'ordinamento francese in quanto da tempo si è occupato e preoccupato di risolvere problemi relativi al cambiamento climatico. Prima di svolgere alcune conclusioni, si descriveranno infine le future politiche ed orientamenti dell'Unione europea (*sub 8-9*).

2. Nuclei di contestualizzazione del fenomeno

Il sistema ambientale e la sua tutela, per quel che concerne il tema trattato, è strettamente connesso con il cambiamento climatico e con 1) la riduzione dei gas ad effetto serra e 2) l'incidenza che ha su questo la vita del prodotto, dalla sua creazione al suo smaltimento, 3) la possibile incidenza che ciò ha, relativamente al caso specifico, sulla produzione e sul consumo dei prodotti alimentari.

Nell'attuale panorama, benché non siano i soli⁶, sono tre i nuclei che in questa sede possono aiutare a meglio comprendere il tema trattato.

Il primo è la Conferenza delle Parti della Convenzione sui cambiamenti climatici, il secondo l'Agenda ONU 2030, ed il terzo l'*European Green Deal*.

⁶ Si rinvia qui alla pagina web del *Global Ecolabelling Network*.

Infatti una concreta consapevolezza della necessità di prevenire importanti problemi relativi al cambiamento climatico si ravvisa, per esempio, già dai primi anni novanta con la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (Unfccc)⁷ che nonostante fosse svincolata da problematiche relative al cibo marca una chiara direzione per il futuro sviluppo ed impulso delle politiche, anche giuridiche, successive. Mediante la Conferenza delle Parti della Convenzione sui cambiamenti climatici si riscontra non solo un progressivo consolidamento – a livello mondiale – dell'importanza della tutela rispetto al cambiamento climatico, ma anche una sua chiara predisposizione a creare una stretta correlazione tra questo e il settore agricolo ed alimentare.

Questo progressivo interesse germoglia nella Conferenza tenutasi a Parigi nel dicembre 2015, conosciuta anche come COP 21 culminata con l'accordo di Parigi⁸, dove appunto si prendono decisioni importanti sulla riduzione delle emissioni di anidride carbonica o CO₂.

Il suo sviluppo avviene nel 2022 con la COP 27, dove si rileva l'importanza non solo della sicurezza alimentare⁹ per il cittadino ma il collegamento tra questa ed i cambiamenti climatici; di qui la necessità che i sistemi alimentari vengano considerati uno dei principali responsabili delle emissioni di gas serra e quindi altamente impattanti sul cambiamento climatico¹⁰. In questa fase quindi si crea una *liason* tra l'ambiente e gli alimenti sulla base della 'Food Security' ossia della necessità di affrontare il problema della sicurezza relativo al cibo.

Il definitivo consolidamento di questa politica avviene a fine 2023 con

⁷ Vid. *u.gr.* Secretariat of the United Nations Framework Convention on Climate Change, *United Nations Framework Convention on Climate Change: handbook*, Bonn, 2011. Più informazioni in <https://unfccc.int/>

⁸ si veda anche il Protocollo di Kyoto ratificato dall'Italia con la legge 1 giugno 2002, n.120 (*Gazzetta Ufficiale* n. 142 del 19 giugno 2002, Suppl. Ordinario n. 129, e successive modifiche), in cui veniva prescritta la preparazione di un Piano di Azione Nazionale per la riduzione delle emissioni.

⁹ Paris2015:Cop21-CMP11 UN Climate Change Conference. Si veda per esempio S. BIANCA (a cura di), *Cambia il clima, cambia il mondo. L'accordo globale di Parigi spiegato dai protagonisti*, Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, Roma 2016. In tale volume può trovarsi anche una traduzione in italiano della decisione 1/CP.21 dell'accordo di Parigi; V. POPOVSKI (ed.), *The implementation of The Paris Agreement on Climate Change*, Routledge, New York 2019.

¹⁰ Vid. per tutti R. SAJJA, *L'informazione alimentare tra sicurezza e qualità nel mercato europeo e globale*, ESI, Napoli 2018.

¹¹ Vid. The Sharm El-Sheikh Climate Implementation Summit, Round Table on 'Food Security' (7 November 2022), p. 7-10. https://unfccc.int/sites/default/files/resource/information_note_round_tables_scis_7_8_novemeber_2022.pdf

la COP28, la 28° Conferenza delle Parti della Convenzione delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici¹¹, ove si sancisce definitivamente l'interrelazione concreta che può, o deve, esistere tra la produzione degli alimenti ed il cambiamento climatico, mediante una vera e propria «dichiarazione sull'agricoltura sostenibile, i sistemi alimentari resilienti e l'azione per il clima» che sancisce l'accordo a livello internazionale su di una agenda alimentare comune che sostenga nuovi processi produttivi che possano «ridurre le emissioni di gas serra evitando il degrado degli ecosistemi»¹². In questo senso l'interazione tra il pubblico ed il privato viene a consolidarsi espressamente poiché si vogliono creare «strumenti misti, partenariati pubblico-privato e altri sforzi allineati – per adattare e trasformare l'agricoltura e i sistemi alimentari per rispondere al cambiamento climatico»¹³.

Così dal passato dicembre 2023 viene riconosciuta come evidente «la particolare vulnerabilità dei sistemi di produzione alimentare agli impatti negativi dei cambiamenti climatici»¹⁴ e la necessità di «raggiungere una produzione alimentare e agricola resiliente ai cambiamenti climatici»¹⁵.

Il secondo nucleo di riferimento si colloca sempre in ambito internazionale e si collega all'Agenda 2030 delle Nazioni Unite ed a molti dei suoi 17 obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile ed ai 169 traguardi associati¹⁶, essendo chiave l'interazione tra l'obiettivo n. 12 volto a «garantire modelli sostenibili di produzione e di consumo» ed il n. 13 mirato a «promuovere azioni, a tutti i livelli, per combattere il cambiamento climatico»¹⁷.

¹¹ Celebratasi a Dubai tra il 30 novembre ed il 12 dicembre 2023, vid. COP28: <https://www.cop28.com>

¹² Vid. punto n. 2 della COP28, *Dichiarazione sull'agricoltura sostenibile, i sistemi alimentari resilienti e l'azione per il clima*, dicembre 2023, <https://www.cop28.com/en/food-and-agriculture>.

¹³ COP28, *Dichiarazione sull'agricoltura sostenibile, i sistemi alimentari resilienti e l'azione per il clima*, cit.

¹⁴ Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement, First global stocktake, Fifth session FCCC/PA/CMA/2023/L.17, 13 dicembre 2023, p. 2.

¹⁵ Punto 62 (b) Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement, First global stocktake, Fifth session FCCC/PA/CMA/2023/L.17, 13 dicembre 2023, p. 8.

¹⁶ Organizzazione Delle Nazioni Unite, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, Risoluzione A/Res/70/1 adottata dall'Assemblea Generale il 25 settembre 2015, 76ª sessione punti agenda 15 e 115. Per identificar gli obiettivi – i Sustainable Development Goals – si userà il suo acronimo in inglese SDGs.

¹⁷ Questo obiettivo riconosce espressamente che la Convenzione delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici è il principale forum internazionale e intergovernativo per la negoziazione della risposta globale al cambiamento climatico: Organizzazione Delle Nazioni Unite, *Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, cit.,

Comunque è chiaro il proposito dell'Onu in tutti i suoi obiettivi¹⁸ o traguardi; si pensi, a titolo esemplificativo, alla volontà di «promuovere un'agricoltura sostenibile»¹⁹ con il traguardo per esempio di «garantire sistemi di produzione alimentare sostenibili e implementare pratiche agricole resilienti che aumentino la produttività e la produzione, che aiutino a proteggere gli ecosistemi, che rafforzino la capacità di adattamento ai cambiamenti climatici»²⁰. Per questo si vuole attuare il quadro decennale di programmi relativi alla produzione e al consumo sostenibile²¹ per migliorare l'efficienza globale nel consumo e nella produzione di risorse e tentare di scollegare la crescita economica dalla degradazione ambientale²², «adottando tecnologie e processi industriali più puliti e sani per l'ambiente»²³.

Al fine di ottenere tali risultati quindi è consono anche far sí che il cittadino, ed il consumatore, acquisiscano strumenti chiave per avere una percezione di tali finalità ed è per questo che risulta cruciale offrire «informazioni rilevanti e la giusta consapevolezza dello sviluppo sostenibile e di uno stile di vita in armonia con la natura»²⁴. In questo contesto quindi l'implementazione di una etichetta ambientale alimentare può rendersi utile al perseguimento di tali politiche.

Il terzo nucleo è in ambito europeo ed in particolare il riferimento va fatto all'*European Green Deal*²⁵ con cui la Commissione Europea si prefigge di elaborare una serie di politiche profondamente trasformative per ottenere energia rinnovabile (1.1), l'eliminazione dell'inquinamento (1.5) e per

p. 14/35. Si veda anche Id., *The Sustainable Development Goals Report. Special Edition* (2023). <https://unstats.un.org/sdgs/report/2023/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2023.pdf>.

¹⁸ Così per esempio il SDG n. 15 vuole «ripristinare e favorire un uso sostenibile dell'ecosistema terrestre» ed il 17 arrivare a «rafforzare i mezzi di attuazione e rinnovare il partenariato mondiale per lo sviluppo sostenibile».

¹⁹ SDG n. 2.

²⁰ Così recita il traguardo 2.4 del SDG n. 2.

²¹ Traguardo 12.1 del SDG n. 12. Riveste particolare rilevanza evidenziare in questa sede alcuni traguardi da conseguire entro il 2030 come quelli di «raggiungere la gestione sostenibile e l'utilizzo efficiente delle risorse naturali» (12.2) e «la gestione eco-compatibile di sostanze chimiche e di tutti i rifiuti durante il loro intero ciclo di vita» (12.4).

²² Come evidenzia il traguardo 8.4 del SDG n. 8.

²³ Così recita il traguardo 9.4 del SDG n. 9.

²⁴ Come impone espressamente il traguardo 12.8 del SDG n. 12.

²⁵ Commissione Europea, *Il green Deal Europeo*, Comunicazione della Commissione a Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale Europeo e al Comitato delle regioni COM (2019) 640 final, 11 dicembre 2019, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0006.02/DOC_1&format=PDF.

quel che qui concerne la neutralità climatica entro il 2050, con obiettivo a medio termine, entro il 2030, di ridurre considerabilmente le emissioni di gas a effetto serra. Così è bene ricordare che un percorso per la transizione verso una economia a zero emissioni nette di gas a effetto serra, con il contestuale investimento in una società più sostenibile²⁶, era già stato evidenziato nel 2018 dalla Commissione²⁷ che proprio in tale contesto considerava opportuno «rafforzare il ruolo centrale dei cittadini e dei consumatori nella transizione energetica, favorire e sostenere le scelte dei consumatori che riducono l'impatto sul clima, raccogliendo i benefici collaterali a livello sociale che ne migliorano la qualità della vita»²⁸; ecco che risulta chiara la presa di coscienza da parte del consumatore di questo fenomeno.

Il *Green Deal* europeo si preoccupa di analizzare anche il ciclo di vita del prodotto²⁹ e vuole rinnovare l'industria per un'economia pulita e circolare sotto la piena consapevolezza che «la politica dei consumatori cercherà di responsabilizzare i consumatori a compiere scelte informate e a svolgere un ruolo attivo nella transizione ecologica»³⁰. Ecco che in questo contesto avviene lo sviluppo della politica agricola comune (PAC)³¹ realizzandosi un piano strategico per ora proiettato sino al 2027³². Questi aspetti vanno coordinati

²⁶ Vid. IANNARELLI, *Cibo e diritti. Per un'agricoltura sostenibile*, Giappichelli, Torino 2015.

²⁷ Vid. Commissione Europea, *Un pianeta pulito per tutti – Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, Comunicazione della Commissione a Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e sociale Europeo e al Comitato delle regioni COM (2019) 640 final, 28 novembre 2018, COM (2018) 773, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0773>.

²⁸ Commissione Europea, *Un pianeta pulito per tutti – Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, cit., p. 26.

²⁹ Relativamente agli organismi vegetali ed animali l'idea di tracciare tutta la produzione ed il ciclo di vita si ritrova in varie normative europea; con carattere ampio la dottrina ha già posto in evidenza che, per esempio, il Regolamento 2017/625 relativo ai controlli ufficiali può definirsi come il 'Regolamento del ciclo della vita': ALBISINNI, *Diritto agro-alimentare e metodo comparativo: oggetto, strumenti, e prospettive*, cit., p. 202 ss.

³⁰ Commissione Europea, *Il green Deal Europeo*, cit., p. 8.

³¹ Sul finanziamento, sulla gestione e sul monitoraggio della politica agricola comune vid. il Regolamento (UE) 2021/2116, del 2 dicembre 2021 (*Gazzetta ufficiale UE* L 435/186, 6 dicembre 2021), per i piani strategici della PAC) si veda il Regolamento (UE) 2021/2115, del 2 dicembre 2021 (*Gazzetta ufficiale UE*, L 435/1 6 dicembre 2021) e, per esempio per i prodotti vinicoli aromatizzati il il Regolamento (UE) 2021/2117, del 2 dicembre 2021 (*Gazzetta ufficiale UE*, L 435/262, 6 dicembre 2021).

³² Commissione Europea, *CAP 2023-27 – 28 CAP Strategic Plans at a glance*, https://agriculture.ec.europa.eu/document/download/a435881e-d02b-4b98-b718-104b5a30d1cf_en?filename=csp-at-a-glance-eu-countries_en.pdf

con tutte le politiche che vanno dal produttore al consumatore con la finalità di «progettare un sistema alimentare giusto, sano e rispettoso dell'ambiente»³³: ecco che nuovamente si produce una *liaison* tra clima e cibo.

3. Etichetta ambientale e l'EU Ecolabel come prototipo di marchio dell'Unione Europea di qualità ecologica svincolato dai prodotti alimentari

Come si osserva dal titolo di questo contributo, sono tre i parametri che svolgono un ruolo di primo piano: l'etichetta, la tutela ambientale e quella alimentare. Tradizionalmente l'etichettatura ha caratterizzato sia il mondo ambientale sia quello alimentare, essendone quindi una caratteristica comune ma al contempo separata.

L'etichetta ambientale non è una novità³⁴, essendo catalogabile anche mediante una classificazione internazionale: così la *International Organization for Standardization* (ISO) qualifica questi *claims* relativi all'ambiente mediante tre tipologie³⁵, delle qualisolo quella di tipo I è qualificabile propriamente come 'etichetta ambientale'. Questa viene sottoposta a certificazioni esterne³⁶ e si differenzia da altri *claims* che hanno essenzialmente un valore informativo dei servizi o comparazione tra prodotti, come lo possono essere rispettivamente le Autodichiarazioni ambientali o le Dichiarazioni ambientali di prodotto³⁷ che informano senza controllo esterno circa l'impatto ambientale relativo al suo ciclo di vita bastato sulla base del *life cycle analysis* (LCA), ossia il ciclo di vita³⁸.

Caratteristica comune delle tre tipologie è la sua natura facoltativa e non obbligatoria. Benché esistano molteplici etichette ambientali a livello internazionale, in questa sede, si considera opportuno fare un breve

³³ Commissione Europea, *Il green Deal Europeo*, cit., p. 13.

³⁴ Si rinvia qui alla pagina web del *Global Ecolabelling Network* ove si possono apprezzare alcune delle principali etichette: <https://globalecolabelling.net/>. Per una visione più ampia si veda anche un'altra piattaforma di multi-stakeholder relativa a questi aspetti e all'economia circolare: <https://circularregions.org>

³⁵ Vid. ISO 14020:2000.

³⁶ Vid. ISO 14024:2018 Environmental labels and declarations - Type I environmental labelling - Principles and procedures-, <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:14024:ed-2:v1:en>

³⁷ Le Autodichiarazioni ambientali sono definite di tipo II e sono soggette all' ISO 14021:2016, le dichiarazioni ambientali di prodotto sono tipo III e si relazionano per esempio con l' ISO 14025:2006, ISO/TS 14027:2017.

³⁸ Vid. v.gr. UNI EN ISO 14040:2006; UNI EN ISO 14044:2006; ISO/TS 14072:2014.

riferimento all'*Ecolabel*, non solo perchè questo è una etichetta ambientale in senso stretto di di tipo I ma anche perchè lo stesso caratterizza il contesto europeo essendo riconosciuto in quanto tale dall'Unione Europea sin dagli anni novanta.

L'esigenza di una etichettatura ambientale, nata dalla politica di miglioramento rifiuti, spinge alla creazione di «un sistema supplementare di etichettatura ecologica su scala comunitaria che tenga conto dell'incidenza ambientale durante il ciclo dell'esistenza del prodotto³⁹» che porta a promuovere la creazione di «sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica»⁴⁰, reso ancor più concreto su scala comunitaria da una normativa del 2000⁴¹ che si viene a specificare ed ampliare nel 2010⁴² dando forma all'attuale *Ecolabel* UE. Questo, pur progressivamente applicato a sempre più prodotti e servizi, non ha trovato applicazione in ambito alimentare⁴³.

Tale svincolamento dai prodotti alimentari si è evoluto nel tempo. Inizialmente espressamente proibita per i prodotti alimentari e per le bevande dalla iniziale normativa degli anni⁴⁴ – venendosi ad affiancare alla normativa sull'etichettatura dei prodotti biologici creata un anno prima⁴⁵ – si apre la possibilità di poter «valutare la possibilità di assegnare il marchio

³⁹ Ossia un «Community-wide eco-labelling system» come lo definisce il punto n. 4 del Consiglio dell'Unione Europea che Risoluzione del Consiglio, del 7 maggio 1990, sulla politica in materia di rifiuti, *Gazzetta Ufficiale CEE* C 122, del 18 maggio 1990.

⁴⁰ Vid. arts. 3, 4 e 8 il Regolamento (CEE) n. 880/92 del Consiglio, del 23 marzo 1992, concernente un sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica, *Gazzetta Ufficiale CEE* L 099, 11 aprile 1992.

⁴¹ Vid. Regolamento (CE) n. 1980/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 luglio 2000, relativo al sistema dell'Unione Europea, riesaminato, di assegnazione di un marchio di qualità ecologica, *Gazzetta Ufficiale UE* L 237, 21 settembre 2000.

⁴² Regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, relativo al marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (*Ecolabel* UE) (Testo rilevante ai fini del SEE), *O Gazzetta Ufficiale UE* L 27, 30 gennaio 2010.

⁴³ Le categorie ed i gruppi di prodotti e servizi connessi all'*Ecolabel* possono essere consultati in <https://ec.europa.eu/ecat/>. Inizialmente i prodotti erano 23: vid. Decisione della Commissione del 9 febbraio 2006 che istituisce il piano di lavoro relativo al marchio dell'Unione Europea di qualità ecologica in *Gazzetta Ufficiale UE* L 162/78, 14 giugno 2006.

⁴⁴ Il divieto riguardava anche i prodotti farmaceutici: art. 2 Regolamento (CEE) n. 880/92, cit. si conferma per i medicinali per uso umano o veterinario né ai dispositivi medici di qualsiasi tipo nell' art. 1 Art. 2 Regolamento n. 66/2000, cit.

⁴⁵ Istituita con il Regolamento (CEE) n. 2092/91 del Consiglio, del 24 di giugno 1991, relativo al metodo di produzione biologico di prodotti agricoli e alla indicazione di tale metodo sui prodotti agricoli e sulle derrate alimentari, *Gazzetta Ufficiale CEE* L 198/2, de 22 luglio 1991.

Ecolabel UE solo ai prodotti certificati come biologici, onde evitare confusione per i consumatori»⁴⁶. Come si può osservare, si cerca la coordinazione con la normativa biologica di produzione alimentare. Comunque si chiarisce che, qualora si venisse a utilizzare l'EU Ecolabel anche per i prodotti alimentari, è fatta salvo il rispetto di determinate caratteristiche, dovendosi attentamente e previamente valutare che non solo si riferisca all'intero ciclo del prodotto ma, soprattutto che «il marchio *Ecolabel* UE sul prodotto in questione non genererà confusione rispetto ad altre etichette alimentari»⁴⁷. Ecco che vi è la consapevolezza di tutelare l'informazione del consumatore e di voler armonizzare necessariamente questi aspetti con i *claims* alimentari. Infatti il problema non è solo informativo ma anche di sicurezza del consumatore, non solo giuridica, laddove sicurezza diviene un termine spesso vago o omnicomprensivo (vid *infra*).

Ecco che in questo senso potrebbe sorgere il dubbio se tra 'marchio' ed 'etichetta' ambientale relativa agli alimenti vi sia o meno solo una possibile sfumatura terminologica o esista anche una differenza non solo lessicale ma di fondo. Per quel che concerne la tutela del consumatore e l'informazione la risposta dovrebbe essere negativa, in quanto qualsiasi tipo di informazione – sia questa strettamente qualificabile giuridicamente come etichetta o sia questa considerabile alla stregua delle altre informazioni generalmente accessibili al consumatore – riceve lo stesso trattamento in quanto vengono considerate un criterio di identificazione dell'elemento di rischio in relazione con i requisiti di sicurezza che gli alimenti devono possedere⁴⁸.

Effettivamente lo studio commissionato dall'UE⁴⁹ – richiesto espressamente dalla normativa analizzata⁵⁰ – considera che le principali ragioni per cui ci si opporrebbe a una etichettatura ambientale alimentare sono quelle che indirettamente aveva già preannunciato la stessa Unione Europea, riguardando la «confusione dei consumatori di un marchio Ecolabel UE con etichette biologiche e i conseguenti effetti negativi sulla

⁴⁶ Come espressamente sancisce il 5 comma dell'art. 6 Regolamento n. 66/2000, cit.

⁴⁷ Che si riscontrano nell'allegato I.A.1 del Regolamento n. 66/2000, cit.

⁴⁸ Vid. Art. 14.3 let. b) Regolamento n. 178/2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare (*Gazzetta Ufficiale UE* L 31, 1 febbraio 2002).

⁴⁹ H. SENGSTSCHMID *et al.* (Oajdene Hollis) on behalf of European Commission, *A report for DG Environment "EU Ecolabel for food and feed products – feasibility study (ENV.C.1/ETU/2010/0025)*, 20 ottobre 2011, https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/documents/Ecolabel_for_food_final_report.pdf

⁵⁰ A tenore del art. 6.5 Regolamento n. 66/2000, cit..

credibilità del biologico»⁵¹. Quello che è certo è che attualmente l'EU Ecolabel si allontana dalla possibilità possibile applicazione ai prodotti alimentari e alle bevande esclusi dal futuro gruppo di prodotti Ecolabel UE⁵². Questo si sancisce espressamente nell'attuale art. 1.2 let a) della proposta di regolamento in materia di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili⁵³ che, benché venga a introdurre importanti modifiche favorevoli all'implementazione del marchio EU *Ecolabel*⁵⁴, esclude la sua applicazione agli alimenti quali definiti all'articolo 2 del regolamento (CE) n. 178/2002. Del resto questo viene a confermare quello che era già stato evidenziato dalla Commissione in relazione a una comunicazione effettuata circa i prodotti sostenibili⁵⁵.

4. *L'etichettatura energetica tra risparmio e cambiamento climatico*

Se ripercorriamo le politiche dell'Unione Europea in materia di informazione al consumatore ed etichettatura, bisogna concentrare l'attenzione anche sullo sviluppo che l'etichettatura ha avuto non solo in

⁵¹ H. SENGSTSCHMID *et al.*, *A report for DG Environment "EU Ecolabel for food and feed products – feasibility study (ENV.C.1/ETU/2010/0025)*, cit., p. 3. Si veda anche l'opinione del Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica (CUEME) su tale Report; European Union Ecolabelling Board, *Opinion on the development of EU Ecolabel for food and feed products*, 2011, at https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/documents/EUEB_position_on_food_final.pdf

⁵² Come mostra il piano di lavoro relative al periodo 2020-2024: European Commission Directorate-General Environment, *Circular Economy & Green Growth Sustainable Production, Products & Consumption. Strategic EU Ecolabel Work Plan 2020-2024*, dicembre 2020. Si veda anche Sant'Anna School of Advanced Studies; Öko-Institut on behalf of: European Commission, *DG ENV, Report on the Identification of elements for a future strategy for the EU Ecolabel*, 5 giugno 2020, in <https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/documents/Report%20on%20the%20Identification%20of%20elements%20for%20a%20future%20strategy%20for%20the%20EU%20Ecolabel.pdf>.

⁵³ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce il quadro per l'elaborazione delle specifiche di progettazione ecocompatibile dei prodotti sostenibili e abroga la direttiva 2009/125/CE (Testo rilevante ai fini del SEE), 30.3.2022, COM(2022) 142 final 2022/0095 (COD).

⁵⁴ In particolare vid. art. 34, 57 Proposta regolamento cit..

⁵⁵ Nota al piè di pagina n. 13 della Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, Al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Prodotti sostenibili: dall'eccezione alla regola* del 30 marzo 2022, COM(2022) 140 final, <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022DC0140&qid=1649112555090>.

materia ambientale – come per esempio l'*Ecolabel* – ma anche in materia energetica. Una sistematizzazione in tal senso conduce ad osservare come anche l'etichettatura energetica si sia venuta progressivamente ad associare al cambiamento climatico. In questo senso sia l'etichettatura ambientale sia quella energetica vengono a convergere sotto questo profilo, e dovrebbero necessariamente interagire e coordinarsi laddove si predisponga (anche) una etichetta che voglia associarsi all'importanza dell'ambiente e del cambiamento climatico.

L'analisi e lo studio dell'etichettatura energetica servirà da input critico per la comprensione o la predisposizione di un quadro concettuale relativo all'etichetta ambientale alimentare.

A. Progressivo ampliamento dello spettro dei beni e specializzazione del sistema

Se si ripercorrono i tratti che hanno caratterizzato l'informazione energetica sui prodotti (e sui servizi) si può osservare la volontà di un progressivo consolidamento ed una maggior armonizzazione del sistema. Ne è la prova la constatazione di una graduale generalizzazione ed ampliamento dei prodotti presi in considerazione. Anche, dal punto di vista legislativo, si osserva un trattamento giuridico più ferreo e dettagliato che si consolida in un Regolamento⁵⁶, dopo avere intrapreso il suo cammino mediante varie Direttive. Così, le politiche di metà anni settanta plasmate nella «nuova strategia per la politica energetica della Comunità» del 17 settembre 1974 e nel «programma d'azione comunitario per l'utilizzazione razionale dell'energia» del 17 dicembre dello stesso anno⁵⁷ si concretizzano in un primo progetto che richiama la necessità di una informazione generale relativa all'indicazione del consumo di energia degli apparecchi domestici⁵⁸, sebbene inizialmente solo in alcuni campi specifici, come quello dei forni elettrici⁵⁹. Di qui la necessità di rimodellare il sistema

⁵⁶ Regolamento (UE) 2017/1369 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2017, che istituisce un quadro per l'etichettatura energetica e che abroga la direttiva 2010/30/UE (Testo rilevante ai fini del SEE), *Gazzetta Ufficiale UE L 198*, 28 luglio 2017.

⁵⁷ Ambedue pubblicati in *Gazzetta Ufficiale CEE*, C 153, 9 luglio 1975.

⁵⁸ Direttiva n. 79/530/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1979, concernente l'informazione, mediante etichettatura, sul consumo di energia degli apparecchi domestici, *Gazzetta Ufficiale CEE L 145*, 13 giugno 1979.

⁵⁹ Direttiva 79/531/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1979, che applica ai forni elettrici la direttiva 79/530/CEE concernente l'informazione, mediante etichettatura, sul consumo di energia degli apparecchi domestici, *Gazzetta Ufficiale CEE L 145* del 13 giugno 1979.

– siamo all’inizio degli anni novanta – mediante una nuova e più ampia regolamentazione relativa agli «apparecchi domestici»⁶⁰ «alimentati con qualsiasi fonte di energia»⁶¹.

La chiara volontà di ampliare il ventaglio dei beni di riferimento si osserva nell’ulteriore riforma – sono passate nel frattempo due decenni – che decide di riferirsi generalmente ai «prodotti connessi all’energia»⁶², per finalmente passare da un sistema fino a quel momento dominato da Direttive a una uniformizzazione mediante un regolamento – siamo nel 2017 - che vuole essere un vero «quadro per l’etichettatura energetica»⁶³ relativo a «prodotti connessi all’energia immessi sul mercato o messi in servizio»⁶⁴.

Tale regolamento crea un punto di partenza per una espansione di sottosistemi specifici, per il cui sviluppo si viene a delegare la Commissione che, mediante una serie di atti delegati⁶⁵ per prodotti *ad hoc*, continua tale missione, sancendo per esempio il sistema di etichettatura energetica degli *smartphones* o nel caso dell’etichetta energetica delle sorgenti luminose⁶⁶. Questa frenetica attività delegata richiede un tempo addizionale, così l’esercizio di tale potere viene prorogato per ulteriori sei anni⁶⁷.

⁶⁰ Direttiva 92/75/CEE del Consiglio, del 22 settembre 1992, concernente l’indicazione del consumo di energia e di altre risorse degli apparecchi domestici, mediante l’etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti, *Gazzetta Ufficiale UE* L 297, 13 ottobre 1992.

⁶¹ Considerando n. 9 Direttiva 92/75/CEE, cit.

⁶² Direttiva 2010/30/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 2010, concernente l’indicazione del consumo di energia e di altre risorse dei prodotti connessi all’energia, mediante l’etichettatura ed informazioni uniformi relative ai prodotti (rifusione) (Testo rilevante ai fini del SEE).

⁶³ Regolamento (UE) 2017/1369, cit..

⁶⁴ Art. 1 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁶⁵ Per un elenco di tali atti per il periodo sino al dicembre 2022 si rinvia alla relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla delega del potere di adottare atti delegati conferito alla Commissione a norma del regolamento (UE) 2017/1369 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2017, che istituisce un quadro per l’etichettatura energetica e che abroga la direttiva 2010/30/UE, del 8 dicembre 2022, COM(2022) 723 final, [https://www.parlamento.it/notes9/web/docuorc2004.nsf/00672360b4d2dc27c12576900058cad9/1655b537d67e1673c125891d005be938/\\$FILE/COM2022_0723_IT.pdf](https://www.parlamento.it/notes9/web/docuorc2004.nsf/00672360b4d2dc27c12576900058cad9/1655b537d67e1673c125891d005be938/$FILE/COM2022_0723_IT.pdf)

⁶⁶ Regolamento Regolamento Commissione Ue 2019/2015/UE Etichettatura energetica delle sorgenti luminose – Abrogazione del regolamento 874/2012/UE, *Gazzetta Ufficiale UE* L 315, 5 dicembre 2019.

⁶⁷ Così, a dicembre 2022, i poteri delegati vengono estesi per altri sei anni poiché «la Commissione ritiene evidente la necessità di prorogare tacitamente la delega di potere di cui all’articolo 17, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2017/1369 per un periodo di sei anni»: relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla delega del potere di adottare atti delegati conferito alla Commissione a norma del regolamento (UE)

B. Mezzo: informazione e pubblicità al servizio di una miglior comprensione del sistema

In questo senso è chiara la necessità di una «informazione esatta, adeguata e paragonabile»⁶⁸, che va fornita anche a coloro che non hanno la possibilità di esaminare direttamente il prodotto esposto o nelle compravendite a distanza⁶⁹. Tale adeguatezza quindi va accuratamente parametrata anche alla necessità di esporre il bene in modo da avere «un'adeguata etichetta, nella posizione chiaramente visibile»⁷⁰ e «nella pertinente versione linguistica»⁷¹. Ecco che queste «informazioni accurate, pertinenti e comparabili sul consumo specifico di energia» arrivano ad essere, almeno potenzialmente, un preciso obbligo⁷² anche nei messaggi pubblicitari al fine di garantire aspetti di leggibilità e visibilità⁷³.

Un ruolo cruciale in questo contesto viene assunto non solo dall'informazione proporzionata al consumatore ma da un vero sistema di politiche educative che vi devono essere associate. Un esempio è proprio quello dell'etichetta climatica, ove si prevedevano sin da subito espressamente «campagne di informazione a carattere educativo e promozionale, destinate ad incentivare un uso più responsabile dell'energia da parte dei consumatori privati»⁷⁴, attività che viene prevista anche in

2017/1369 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2017, che istituisce un quadro per l'etichettatura energetica e che abroga la direttiva 2010/30/UE, del 8 dicembre 2010, COM(2010) 723 final, [https://www.parlamento.it/notes9/web/docuorc2004.nsf/00672360b4d2dc27c12576900058cad9/1655b537d67e1673c125891d005be938/\\$FILE/COM2022_0723_IT.pdf](https://www.parlamento.it/notes9/web/docuorc2004.nsf/00672360b4d2dc27c12576900058cad9/1655b537d67e1673c125891d005be938/$FILE/COM2022_0723_IT.pdf).

⁶⁸ Considerando n. 6 Direttiva 79/530/CEE, cit.

⁶⁹ Considerando n. 8 Direttiva 2010/30/UE, cit.

⁷⁰ Art. 4 Direttiva 92/75/CEE; art. 6 b) Direttiva 2010/30/UE, cit. Si osservi che questo non figura più nel regolamento del 2017 dove, solamente in un considerando, si auspica che «l'etichetta esposta dovrebbe essere chiaramente visibile e identificabile come etichetta relativa al prodotto»: considerando n. 12 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁷¹ Art. 4 Direttiva 92/75/CEE, cit.; art. 6 b) Direttiva 2010/30/UE, cit.

⁷² Così fornitore e distributore hanno l'obbligo di comunicare l'efficienza energetica del prodotto figurante sull'etichetta nei messaggi pubblicitari visivi o nel materiale tecnico-promozionale: Art. 6 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁷³ Ecco che nell'atto di delega si considera «come la classe di efficienza energetica e la gamma di classi di efficienza figurante sull'etichetta sono inserite nei messaggi pubblicitari visivi e nel materiale tecnico-promozionale, inclusi gli aspetti di leggibilità e visibilità» Art. 16 let. J Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁷⁴ Art. 7 lett c) Direttiva 92/75/CEE, cit. Sostanzialmente ciò si mantiene nella Direttiva del 2010 ove si afferma che lo scopo in tal senso è «promuovere l'efficienza energetica e un uso più responsabile dell'energia da parte degli utilizzatori finali»; Art. 3.1 lett. c) Direttiva 2010/30/UE.

relazione «all'introduzione delle etichette e il relativo riscalaggio»⁷⁵.

Il sistema prevede non solo una etichettatura ma anche la necessità di predisporre una serie di «informazioni complementari» che benché non espressamente definite inizialmente⁷⁶, vengono dapprima indicate in una scheda informativa⁷⁷ e progressivamente specificate chiarendosi così che «riguardano o servono a valutare il consumo di energia o di altre risorse essenziali»⁷⁸ del prodotto e stabilendo che tale valutazione debba effettuarsi «sulla base di dati quantificabili»⁷⁹. Si adotta in fine un metodo informativo molto più ampio che non si definisce più come 'complementare' ma 'supplementare' riguardando più in generale tutte le «informazioni, contenute in un atto delegato, sulle prestazioni funzionali e ambientali di un prodotto»⁸⁰.

Nonostante ciò vi è a volte una involuzione del sistema. Infatti attualmente il fornitore deve solo assicurare che i prodotti immessi sul mercato siano corredati dalla scheda informativa⁸¹ dandosi la possibilità che i dati in essa contenuti siano caricati nella banca dati informatica e che vengano messi a disposizione del distributore in forma cartacea solo a sua richiesta⁸²: l'obbligo iniziale di fornire la scheda informativa⁸³ diviene ora una eventualità dato che il distributore è tenuto a mettere a disposizione (e non a consegnare) la scheda solo su richiesta del cliente⁸⁴.

C. Finalità: da un maggior risparmio al consumo sostenibile

Solo con il nuovo millennio si passa a collegare espressamente l'efficienza energetica con il miglioramento delle politiche ambientali: in questo senso si associano l'efficienza energetica e il risparmio energetico, il cambiamento

⁷⁵ Art. 7.3 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁷⁶ Vid. art. 1 Direttiva 79/530/CEE, cit.

⁷⁷ Vid. Art. 2 e 3.2 Direttiva 92/75/CEE, cit.

⁷⁸ Art. 1 Direttiva 92/75/CEE cit.

⁷⁹ Art. 12 lett. d) Direttiva 2010/30/UE, cit.

⁸⁰ Questa la definizione di «informazioni supplementari» a tenore del art. 2 num. 24 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁸¹ Art. 3.1 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁸² Art. 3.2 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁸³ Così si affermava che «Oltre alle etichette, i fornitori devono fornire una scheda informativa relativa al prodotto. Tale scheda dovrà essere inserita in tutti gli opuscoli illustrativi sul prodotto stesso»: art. 8 Direttiva 92/75/CEE, cit. Cfr. con art. 4 lett. d-f)) Direttiva 2010/30/UE, cit.

⁸⁴ Art. 5.1 lett. b) Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

climatico⁸⁵ e la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra⁸⁶, parametro quest'ultimo che deve essere necessariamente preso in considerazione dalla Commissione nel valutare l'attuazione del Regolamento del 2017 nella relazione che effettuerà nel 2025⁸⁷. Ecco che in definitiva se l'energia – e la sua efficienza – prima veniva separata da questioni ambientali, progressivamente si viene a fondere con queste. Nonostante ciò lo stadio è ancora embrionale: così i chiari riferimenti tra clima, etichettatura ed ambiente nel regolamento di riferimento sono scarni, limitandosi ad affermare che «l'Unione si impegna a costruire un'Unione dell'energia corredata di una politica lungimirante in materia di clima»⁸⁸, considerando che «il miglioramento dell'efficienza dei prodotti connessi all'energia attraverso la scelta informata del cliente (...) contribuisce (...) alla realizzazione (...) dei suoi obiettivi in materia di cambiamento climatico e ambiente»⁸⁹ e per questo è opportuno «promuovere l'efficienza energetica, la mitigazione dei cambiamenti climatici e la tutela dell'ambiente»⁹⁰, essenzialmente tutte affermazioni di carattere programmatico⁹¹.

Così la finalità della normativa inizialmente incentrata sul promuovere il risparmio⁹² ed un consumo responsabile⁹³ in modo tale che i soggetti siano

⁸⁵ Sull'importanza dell'efficienza energetica e sulla sua progressiva correlazione con il cambiamento climatico: vid. «Piano d'azione per l'efficienza energetica: concretizzare le potenzialità» [COM(2006) 545 del 19 ottobre 2006 – Non pubblicata nella Gazzetta ufficiale]; Direttiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE, *Gazzetta Ufficiale UE*, L 315, 14 novembre 2012; Direttiva (UE) 2018/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che modifica la direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica (Testo rilevante ai fini del SEE.), *Gazzetta Ufficiale UE* L 328, 21 dicembre 2018, Piano per l'obiettivo climatico: Un traguardo climatico 2030 più ambizioso per l'Europa. Investire in un futuro a impatto climatico zero nell'interesse dei cittadini (COM(2020) 562 final).

⁸⁶ Vid. Considerando n. 3 Direttiva 2010/30/UE, cit.

⁸⁷ Come allude espressamente l'art. 19 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁸⁸ In tal senso si continua affermando che «l'efficienza energetica è un elemento cruciale del quadro unionale per le politiche dell'energia e del clima all'orizzonte 2030, fondamentale per moderare la domanda di energia» Considerando n. 1 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁸⁹ Considerando n. 8 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁹⁰ Considerando n. 34 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁹¹ Un riferimento alle differenze nelle prestazioni energetiche in regioni climatiche diverse appare nell'art. 16 atti delegati lettera p) Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

⁹² Così si affermava che «i consumatori possano scegliere apparecchi più efficienti»: art. 1.1. Direttiva 92/75/CEE, cit.

⁹³ Di «uso più responsabile da parte dei consumatori privati» si parlava nell'art. 7 lett c) Direttiva 92/75/CEE, cit.

«indotti a prendere provvedimenti per ridurre il consumo degli apparecchi da loro prodotti»⁹⁴, viene progressivamente a assumere una visione più ampia ed a introdurre anche, tra le sue finalità, una preoccupazione verso il cambiamento climatico e la sua protezione.

D. *Uniformizzazione del modello iconografico*

Durante l'evoluzione del processo normativo che ha caratterizzato l'etichetta climatica, si è ritenuto che la sua uniformizzazione potrebbe condurre ad una miglior comprensione delle informazioni: per questo è stato ritenuto «necessario a tal fine introdurre un'etichetta uniforme per tutti gli apparecchi dello stesso tipo, fornire ai potenziali consumatori informazioni standardizzate supplementari sui costi relativi al consumo di energia»⁹⁵; standardizzazione che si è convertita in un obbligo di etichettatura.

Questo ha condotto a predisporre non solo una standardizzazione normativa dei contenuti e dei parametri di fondo che l'etichetta deve contenere ma anche la relativa scelta iconografica. Così, alla fine degli anni settanta, si pensava ad una etichetta stampata in nero su un fondo di colore arancione⁹⁶; dando la possibilità di decidere se fosse o no obbligatoria negli Stati⁹⁷ ed iniziandosi a fissare precisi *standards* che, qualora si fosse scelto adottare il sistema di etichettatura, dovevano essere uniformi⁹⁸. Successivamente, ad inizio anni novanta, si continua a ricercare a caratteristiche uniformi del contenuto grafico e della forma dell'etichetta⁹⁹ esigendo specifiche caratteristiche per ciascuno apparecchio in funzione

⁹⁴ Considerando n. 6 Direttiva 79/530/CEE, cit.

⁹⁵ Considerando n. 5, Direttiva 92/75/CEE; Considerando n. 8 Direttiva 2010/30/UE.

⁹⁶ Vid. allegato I Direttiva 79/530/CEE del Consiglio, del 14 maggio 1979, concernente l'informazione, mediante etichettatura, sul consumo di energia degli apparecchi domestici, *Gazzetta Ufficiale CEE* n. L 145, 13 giugno 1979. Questa concretizza le politiche fissate dalla «nuova strategia per la politica energetica della Comunità» del 17 settembre 1974 e di un «programma d'azione comunitario per l'utilizzazione razionale dell'energia» del 17 dicembre del medesimo anno (ambidue pubblicati in *Gazzetta Ufficiale CEE* n. C 153 del 9. 7. 1975).

⁹⁷ Art. 9 Direttiva 79/530/CEE, cit.

⁹⁸ Vid allegato I Direttiva 79/530/CEE, cit.

⁹⁹ Art. 12 lett d) Direttiva 92/75/CEE, cit. La lettera e) di tale disposizione enunciava, in relazione alla visibilità, che era l'importanza del «posto in cui l'etichetta deve essere apposta sull'apparecchio; se del caso, può essere prevista l'apposizione o la stampigliatura di un'etichetta sull'imballaggio».

della direttiva di riferimento¹⁰⁰. Il nuovo modello – sempre a carattere volontario – vuole definire un modello iconografico unico che «quanto possibile, deve possedere caratteristiche grafiche uniformi per i vari gruppi di prodotti e deve essere sempre chiaramente visibile e leggibile»¹⁰¹, ed è per questo che, nel 2010, si vengono a fissare due parametri, uno letterale ed uno cromatico. Il primo parametro predispone una classificazione che utilizza le lettere da A – G, e quindi 7 modalità, con la possibilità di aggiungere 3 classi addizionali (A+, A++ e A+++)¹⁰² per la classe più efficiente laddove sia reso necessario dal progresso tecnologico¹⁰². La scala cromatica rimane invece di 7 colori diversi che vanno dal verde scuro al rosso con progressive sfumature diverse, dove il verde scuro è sempre ed il solo codice cromatico della classe migliore e, laddove vi siano più di sette classi, soltanto il rosso può essere ripetuto¹⁰³.

Degna di nota è la concezione del sistema di revisione della classificazione strutturata come riscalaggio che, già stabilito negli anni novanta¹⁰⁴, viene consolidata nell'attuale regolamentazione¹⁰⁵, predisponendosi anche la possibilità di etichette color grigio¹⁰⁶ per evidenziare taluni cambi «quando una percentuale significativa di prodotti sul mercato interno raggiunge le due migliori classi di efficienza energetica e quando possono essere realizzati risparmi aggiuntivi attraverso un'ulteriore differenziazione dei prodotti»¹⁰⁷. Il sistema viene definitivamente perfezionato passando da un sistema sinora regolato da Direttive a un Regolamento che non solo sancisce la sua obbligatorietà¹⁰⁸ ma definisce giuridicamente l'etichetta secondo un modello ancor più specifico, ancorché definito essenzialmente sui canoni, appena descritti fissati dalla Direttiva 2010/30¹⁰⁹.

¹⁰⁰ Art. 2 Direttiva 92/75/CEE, cit.

¹⁰¹ art. 10.4 lett d) Direttiva 2010/30/UE, cit.

¹⁰² Art. 10.4 lett d) Direttiva 2010/30/UE, cit.

¹⁰³ Art. 10.4 lett d) Direttiva 2010/30/UE, cit.

¹⁰⁴ Considerando 22 Direttiva 92/75/CEE, cit.,

¹⁰⁵ Vid. art. 11 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

¹⁰⁶ Considerando 11, art. 11, n. 10 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

¹⁰⁷ Art. 10.4 lett d) Direttiva 2010/30/UE, cit.

¹⁰⁸ Così si afferma che «l'etichetta standardizzata obbligatoria per i prodotti connessi all'energia è un mezzo efficace attraverso il quale fornire ai potenziali clienti informazioni comparabili sull'efficienza energetica dei prodotti connessi all'energia»: considerando 8 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

¹⁰⁹ È la «presentazione grafica, in forma cartacea o elettronica, corredata di una scala chiusa che utilizza soltanto lettere da A a G, ciascuna delle quali rappresenta una classe che corrisponde a risparmi energetici, in sette colori diversi dal verde scuro al rosso, volta a informare i clienti circa l'efficienza energetica e il consumo energetico; essa comprende

Vi è la consapevolezza che una molteplicità di etichette può indurre in confusione il consumatore, indi per cui si sancisce un divieto di differenziazione dal modello stabilito per l'etichetta climatica: così si proibiscono modelli differenti¹¹⁰, cosa che conduce, anche come corollario, al divieto di imitazione del modello per i prodotti relativi all'energia ma non presi in considerazione dagli atti di delega¹¹¹, come anche per i prodotti non connessi all'energia¹¹². Questo sistema permetterebbe di «conservare la fiducia dei clienti nell'etichetta energetica»¹¹³.

Un secondo punto fermo è che occorre evitare confusione con altre tipologie di etichettatura, come le etichette ecologiche o di qualità ecologica¹¹⁴: in effetti, in relazione alle etichette che si riferiscono ai parametri ambientali, si fornisce proprio l'esempio dell'EU *Ecolabel* che in questo contesto non dovrebbe essere ritenuto ingannevole o fonte di confusione¹¹⁵. Da qui quindi emerge la chiara necessità di conciliare l'utilizzo delle differenti tipologie di etichette che siano già esistenti o di futura introduzione. Ecco che quindi si interviene su determinati profili giuridici da un lato per evitare confusione tra le etichette e, dall'altro, per introdurre un divieto di imitazione.

5. *Comportamento del consumatore, multidisciplinarietà, Green Consumption*

Giunti a questo punto è indiscutibile la volontà da parte del legislatore di assicurare un'informazione corretta insieme anche ad aspetti educativi (vid. *supra*).

Del resto si deve ricordare qui che l'art. 16 del Regolamento 178/2002 sancisce la necessità di non indurre il consumatore in errore tramite l'etichettatura, la pubblicità e la presentazione degli alimenti o mangimi,

le etichette riscaldate e le etichette con un numero di classi e colori inferiore a norma dell'articolo 11, paragrafi 10 e 11»: art. 2 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

¹¹⁰ Vid. Art. 6 lett. c) Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

¹¹¹ Nonostante l'ultimo inciso dell'art. 6 Regolamento (UE) 2017/1369, cit. sancisca che ciò non riguarda le etichette previste dal diritto nazionale, a meno che tali etichette non siano previste dagli atti delegati.

¹¹² Vid. Art. 6 lett. d) ed e) Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

¹¹³ Considerando 23 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

¹¹⁴ Cfr. Art. 7 lett. b) Direttiva 92/75/CEE con Art. 3.1 lett. b) Direttiva 2010/30/UE, cit.

¹¹⁵ Per esempio insieme al modello *Energy Star* dell'UE: Considerando 23 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

posto che «le informazioni rese disponibili su di essi attraverso qualsiasi mezzo, non devono trarre in inganno i consumatori»¹¹⁶. Inoltre è chiaro che non solo le considerazioni sanitarie, economiche, sociali ed etiche ma anche quelle ambientali possono influenzare le scelte del consumatore, ed in questo senso è chiaro il regolamento relativo alle informazioni sugli alimenti¹¹⁷.

In questo senso non solo un'appropriata informazione mediante un'etichetta climatica è opportuna, come si è visto poc'anzi, ma ci si spinge verso un ulteriore passo in avanti. Già da tempo si auspicava l'idea di informare il consumatore mediante un sistema iconografico relativo anche all'ambiente¹¹⁸. Del resto la Commissione si era preoccupata di redigere un rapporto finale finalizzato a istituire un *EU-wide green label* – non necessariamente legato al cibo¹¹⁹ – con il fine di promuovere l'uso di energia rinnovabile proveniente da nuovi impianti tramite l'apposizione di etichette energetiche verdi che potessero fornire informazioni di facile comprensione ai consumatori¹²⁰.

Tuttavia in questo contesto si può o si potrebbe presentare un problema di sovrainformazione, che qualcuno ha identificato come «disformazione per eccesso»¹²¹ e che può condurre a «nuovi analfabetismi»¹²²: così bisogna trovare il giusto equilibrio tra un dovere di informarsi adeguatamente¹²³,

¹¹⁶ Art. 16 Regolamento n. 178/2002, cit.

¹¹⁷ Cfr. considerando 3 ed art. 3 Regolamento n. 1169/2011, cit.

¹¹⁸ S. DIVALEIZ TRÉGUER, *Prescriptive Labelling of Food Products: a Suitable Policy Instrument?*, in *Revue d'Économique Politique*, 126, 2016, p. 895 ss.

¹¹⁹ European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *Consumer market study on environmental claims for non-food products – Final report*, Publications Office, 2014, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/646530>

¹²⁰ European Commission, Directorate-General for Energy, J. YEARWOOD, L. KORTEWEG, T. SMIT *et al.*, *Technical assistance for assessing options to establish an EU-wide green label with a view to promote the use of renewable energy coming from new installations – Final report*, Publications Office, 2021, <https://data.europa.eu/doi/10.2833/266012>.

¹²¹ In questo senso si arriverebbe a una «confusione visiva in etichetta, con i suoi conseguenti effetti controproducenti in termini di precisione, chiarezza, comprensibilità e leggibilità»: L. BAIKATI, *Protezione del consumatore di alimenti e disinformazione per eccesso*, in Scaffardi, Zeno-Zencovich (a cura di), *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, cit., p. 633 ss.

¹²² A. DI LAURO, *Nuove regole per le informazioni sui prodotti alimentari e nuovi analfabetismi. La costruzione di una "responsabilità del consumatore"*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2, 2012, p. 24.

¹²³ D. ROMANO, *Le informazioni obbligatorie nel mercato alimentare: tutela o autoresponsabilità del contraente debole?*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2018, p. 247 ss.

l'educazione del consumatore¹²⁴ e la pubblicità¹²⁵. Inoltre questa criticità potrebbe essere ancor più complessa poiché tali aspetti non necessariamente vengono percepiti. Qui la commistione ed interazione tra i profili giuridici e gli altri settori risulta cruciale. La psicologia, la sociologia, il marketing e l'economia giocano un ruolo protagonista nella comprensione di questo più ampio «senso del consumo»¹²⁶ che diviene multidisciplinare¹²⁷. Così in questo contesto, per predisporre una non solo adeguata ma anche effettiva normativa il giurista deve comprendere e dominare l'informazione che riceve il consumatore, intendendo adeguatamente anche come questa interagisca con il suo «valore percepito» (aspetto che incide indirettamente sul comportamento¹²⁸ del consumatore come compratore ed utente) solo così l'effettività della norma giuridica e l'effettività dell'informazione andranno di pari passo¹²⁹. Così tale valore – la *Perceived Consumer Effectiveness* (PCE) – viene ad essere studiato ed analizzato da settori diversi da quello giuridico e può definirsi come la «valutazione della capacità del consumatore di dare valore a determinati risultati di sviluppo sostenibile e di contribuire al loro raggiungimento attraverso determinati comportamenti di consumo»¹³⁰. Il prodotto acquistato o utilizzato in definitiva sarebbe lo specchio dell'anima del soggetto in quanto si potrebbe venire a creare una specie di simbiosi tra il prodotto e la propria identità osservandosi che «i prodotti servono effettivamente ad ampliare il senso di sé, il concetto stesso di “sé”»¹³¹.

Ecco che a seconda di come l'informazione – benché vera – sia fornita al consumatore questa può provocare reazioni differenti e quindi incidere sulle politiche economiche in modo diverso¹³². Le forme e

¹²⁴ A.G. PARISI, *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in P. Stanzone, A. Musio (a cura di), *La tutela del consumatore*, Giappichelli, Torino 2009, p. 27 ss.

¹²⁵ ZENO-ZENCOVICH, *Prospettiva di disciplina delle risorse e dei messaggi pubblicitari*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 1997, p. 7 ss.

¹²⁶ M. FRANCHI, *Un senso del consumo*, Mondadori, Milano 2007.

¹²⁷ Interessantissimo a tale effetto lo studio monografico D.A. CHAMATROPULOS, *El deber de información frente a las decisiones “no racionales” del consumidor*, La Ley, Buenos Aires 2024.

¹²⁸ Per tutti v.gr. vid. M.R. SOLOMON *et al.*, *Consumer Behaviour: A European Perspective*, Person, London 2019.

¹²⁹ Vid. F. RUBIK, P. FRANKL, *The future of eco-labelling: Making environmental product information systems effective*, Routledge, London 2017.

¹³⁰ D. HANSS, R. DORAN, *Perceived Consumer Effectiveness, Responsible Consumption and Production*, in W. LEAL FILHO *et al.* (eds) *Responsible Consumption and Production. Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals*, Springer, Berlin Heidelberg 2022, p. 535 ss.

¹³¹ B. MITTAL, *I, me, and mine—how products become consumers' extended selves*, in *Journal of Consumer Behaviour*, 5, 2006, p. 550 ss.

¹³² Ecco perché si affermava che una «scelta informata del consumatore avvantaggia l'economia dell'Unione europea nel suo complesso» Considerando n. 4 Direttiva 2010/30/UE, cit.

modalità dell'informazione quindi possono dare una percezione selettiva del bene acquistato ed indirettamente interagire anche con politiche di concorrenza sleali, con particolare attenzione al sistema di etichettatura¹³³ che deve comunque tenere conto dell'importanza di preservare la salute del soggetto ed allo stesso tempo garantire uno sviluppo negoziale opportuno e improntata alla correttezza¹³⁴. In assenza di un opportuno monitoraggio di tali aspetti si può correre il rischio di far confondere il consumatore o l'acquirente e per questo incidere sull'acquisto (o non acquisto) di prodotti che possono anche incidere sulla salute. Si devono parametrare anche le informazioni omissive o le 'mezze verità', poiché il generare senso di vergogna anticipata nell'uso di un prodotto influisce sui flussi economici, comportamentali e sociologici. Così si è verificato che «i messaggi con cornici negative sono più efficaci di quelli con cornici positive nell'indurre i consumatori a impegnarsi in comportamenti pro-ambientali»¹³⁵.

Così i fattori culturali, sociali e personali interagiscono con quelli psicologici ed incidono sul valore percepito dal consumatore¹³⁶, e per questo qualsiasi tipologia o sfumatura di informazione avvertita può essere rilevante.

Tutto questo contesto si deve ora proiettare non solo sugli aspetti climatici, ma anche su quelli ambientali e alimentari, prestando sin da subito attenzione alle sfumature terminologiche che devono essere attentamente bilanciate. Così se in un determinato contesto i termini «*food safety, integrity and wholesomeness*» si associano con la «sicurezza

¹³³ Si rinvia per interessanti riflessioni in questo senso a G. SCIANCALEPORE, *Qualità dei prodotti, frode di etichette, unfair competition*, in Scaffardi, Zeno-Zencovich (a cura di), *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, cit., p. 422 ss.

¹³⁴ Vid. CANFORA anche con i richiami al art. 1337 Codice Civile. A CANFORA, *Informazioni a tutela della salute e conformazione del contenuto negoziale tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Rivista di diritto agrario*, 2, 2014, p. 119 ss.

¹³⁵ Si veda in questo senso l'interessante studio, che tra l'altro osserva come il ruolo mediatore della vergogna anticipata è attenuato quando l'interesse per l'ambiente è basso e il prodotto è di lusso: C. AMATULLI et al., *The effect of negative message framing on green consumption: An investigation of the role of shame*, in *Journal of Business Ethics*, 15, n. 4, 2019, pp. 1111 ss.

¹³⁶ Almeno secondo: I. KOVACS, E.R. KERESZTES, *Perceived Consumer Effectiveness and Willingness to Pay for Credence Product Attributes of Sustainable Foods*, in *Sustainability*, 14, n. 7, 2022, p. 3.

alimentare, l'integrità e la salubrità»¹³⁷, in altri contesti¹³⁸ si osserva che l'espressione «sicurezza alimentare» sarebbe riduttiva in quanto non percepisce alcune sfumature rilevate in altre lingue, come la lingua inglese che «opportunamente distingue tra la *food security* che riguarda l'adeguatezza quantitativa dell'offerta di alimenti rispetto alla domanda e la *food safety* che si riferisce all'adeguatezza degli alimenti rispetto alla tutela della salute dei consumatori»¹³⁹.

Ma queste sono alcune delle terminologie che spesso convivono sfumate, ampie o vaghe – come può essere anche quella relativa al prodotto cosiddetto 'green'¹⁴⁰ – ma che sono cruciali per capire e combattere non solo le ormai debordanti¹⁴¹ pratiche di *greenwashing*, ma anche quelle del correlato fenomeno di *healthwashing*.

Per questo vi sono già normative che vogliono demarcare tali aspetti garantendo indicazioni nutrizionali e di salute sui prodotti alimentari che siano chiare proprio con il fine di consentire ai consumatori di «prendere decisioni informate»¹⁴² e fornire informazioni¹⁴³ sugli alimenti come

¹³⁷ Al riferirsi al Regolamento 2017/625 e riferendosi implicitamente a quanto afferma il suo art. 1.2 let a): ALBISINNI, *Diritto agro-alimentare e metodo comparativo: oggetto, strumenti, e prospettive*, cit., p. 203. Più in generale vid. A. MORRONE, M. MOCHEGANI (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*. Atti del Convegno "La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato" (Bologna, 30 ottobre 2020), *Annali di Diritto costituzionale*, n. 9, Bologna University Press, Bologna 2022.

¹³⁸ Al riferirsi al Regolamento n. 178/2002, cit.. In relazione alla sicurezza alimentare relativamente ai prodotti agricoli: ROOK BASILE, A. MASSART, A. GERMANO (a cura di), *Prodotti Agricoli e Sicurezza Alimentare*, Atti del VII Congresso Mondiale di Diritto Agrario dell'Unione Mondiale degli agraristi universitari in memoria di Louis Lorvellec (Pisa-Siena, 5-9 Novembre 2002), Giuffrè, Milano 2003. Si veda anche ROOK BASILE, S. CARMIGNANI (a cura di), *Sicurezza energetica e sicurezza alimentare nel sistema UE. Profili giuridici e profili economici*, Atti del convegno Siena (10-11 maggio 2013), Milano, 2013.

¹³⁹ IANNARELLI, *Il mercato agro-alimentare europeo*, cit., I, p. 254. Con carattere più ampio vid. M. RAMAJOLI, *Dalla "food safety" alla "food security" e ritorno*, in *Amministrare*, 2-3, 2015, p. 271 ss.

¹⁴⁰ Vid. E. SDROLIA, G. ZAROTIADIS, *A comprehensive review for Green product term: from definition to evaluation*, in *Journal of Economic Surveys*, 33, n. 1, 2019, p. 150 ss.

¹⁴¹ Commissione Europea, *Comunicato Stampa: "Greenwashing": lo screening dei siti web rilevati che la metà delle affermazioni economiche è prima di fondamento*, 28 gennaio 2021 in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_269.

¹⁴² Regolamento (ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari. Per una schematica panoramica sull'etichettato nutrizionale e sulla salute nel regolamento v.gr. N. COLLINS, H. VERHAGEN, *Nutrition and health claims in the European Union in 2022, Regulatory Foods*, settembre 2022, pp. 1 ss.

¹⁴³ Ecco che nell'ottica educativa-informativa il Ministero della Salute. Direzione Generale

quelle¹⁴⁴ che possano o debbano essere introdotte nel sistema di etichettaura frontale a tenore dell'art. 35 Regolamento n. 1169/2011). Tutto questo va trasmigrato anche in ambito alimentare poiché quindi il cibo viene ad essere non solo mero assemblaggio di ingredienti, ma un passo oltre le sue caratteristiche nutrizionali o chimiche: per questo “la scelta alimentare diviene una questione di identità¹⁴⁵”.

6. *Consumatore e Green Consumption*

In questo senso il consumo di prodotti legati all'ambiente si inserisce in un concetto mutabile – conosciuto come «*green consumption*»¹⁴⁶ – che passa dall'identificare un prodotto che si svincola o si vuole svincolare da processi di inquinamento e spreco fino ad arrivare ad identificare una vera condotta sociale che influisce sull'acquisto di tali prodotti e muove le politiche economiche. Di qui l'esigenza di monitorare il ciclo di vita del prodotto nella sua interezza: si incomincia infatti a prendere in considerazione alcuni aspetti o parametri in vari studi, come per esempio non solo l'acquisto ma anche l'utilizzo e lo smaltimento¹⁴⁷.

per l'igiene e la sicurezza degli alimenti e della nutrizione elabora e mette a disposizione l'opuscolo “Etichettatura degli alimenti. Cosa Dobbiamo Sapere”, disponibile in https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_opuscoliPoster_215_allegato.pdf.

¹⁴⁴ Art. 35 Regolamento n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori(...), *Gazzetta Ufficiale UE* L 304, 22 novembre 2011. Per una panoramica generale vid. D. TURCK *et al.*, *European Food Safety Authority. Scientific advice related to nutrient profiling for the development of harmonised mandatory front-of-pack nutrition labelling and the setting of nutrient profiles for restricting nutrition and health claims on foods*, in *EFSA Journal*, 20, n. 4, 2022, p. 7259, <https://efsa.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.2903/j.efsa.2022.7259>; S. STORCKSDIECK *et al.*, *Front-of-Pack Nutrition Labelling Schemes: a Comprehensive Review*, Report JRC113586, EUR 29811 EN, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2020; R. KANTER, L. VANDERLEE, S. VANDEVIJERE, *Front-of-Package Nutrition Labelling Policy: Global Progress and Future Directions*, in *Public Health Nutrition*, 21, n. 8, 2018, p. 1399 y ss.

¹⁴⁵ Come si osserva in FRANCHI, *Food choice: beyond the chemical content*, in *International Journal of Food Sciences and Nutrition*, 2011, p. 17 ss.

¹⁴⁶ Un primo avvicinamento a queste problematiche si ritrova già negli anni ottanta: J. ELKINGTON, J. HAILES, *Green Consumer Guide*, Gollancz, London 1987. Si veda anche HAILES, *The new Green Consumer Guide*, Simon & Schuster, New York 2007.

¹⁴⁷ In questo senso vid. I.T.M. ROOZEN, P. DE PELSMAEKER, *Attributes of Environmentally Friendly Consumer Behavior*, in *Journal of International Consumer Marketing*, 10, n. 3, 1998, p. 21-41

I parametri di riferimento risultano comunque fluttuanti, assumendo rilevanza come possibili caratteri di influenza in evoluzione sul «*green consumer*» anche l'energia rinnovabile e la politica ambientale.¹⁴⁸

In questo senso il valore percepito da ciascun consumatore può influire anche sulla comunità¹⁴⁹ mediante il passaparola (e quindi l'intenzione d'acquisto di soggetti collegati¹⁵⁰), così come tramite l'espressione individuale delle proprie preoccupazioni ambientali o dei propri comportamenti pro-ecologici¹⁵¹ anche in relazione della specifica fascia di riferimento o segmento del consumatore preso in considerazione¹⁵². Così in un certo senso il consumo di prodotti comanda gli impatti ambientali e la percezione di questi ultimi retro-alimenta il primo¹⁵³, e tutto questo può essere influenzato da un sistema di informazione la cui espressione sintetica e massima è data dal sistema di etichettatura. Per questo c'è anche chi ha fatto riferimento a un principio di precauzione in materia alimentare¹⁵⁴ anche perché si osserva che «la valutazione del consumatore di alimenti sostenibili si basa sui valori e sulla credibilità di salute, origine, ambiente e

¹⁴⁸ Per una revisione critica di tre decenni sul fenomeno del 'green consumer' in cui si analizzano quasi 500 documenti *scopus* si rinvia a E. FASSOU HABA, C. BREDILLET, O. DASTANE, *Green consumer research: Trends and way forward based on bibliometric analysis*, in *Cleaner and Responsible Consumption* 8, 2023, p. 100089.

¹⁴⁹ Per uno dei primi studi sulla «perceived consumer effectiveness (PCE)» e la «faith in the efficacy of others (FIO)» circa la relazione tra atteggiamenti ambientali e comportamenti dei consumatori: I.E. BERGER, R.M. CORBIN, *Perceived consumer effectiveness and faith in others as moderators of environmentally responsible behaviors*, in *Journal of Public Policy & Marketing*, 11, n. 2, p. 79 ss.

¹⁵⁰ Per un interessante studio con queste variabili vid. A. SESTINO, *Gli effetti del benessere sociale percepito sull'intenzione di acquisto dei prodotti green*, in D. GAROFALO, P. PARDOLESI, A. RINALDI (a cura di), *I Simposio dei Dottorandi sul tema dello Sviluppo sostenibile*, DjSGE, Taranto 2020, p. 269 ss., in particolare 276-279 e figura n. 1 p. 279.

¹⁵¹ P.S. ELLEN, J.L. WIENER, C. COBB-WALGREN, *The Role of Perceived Consumer Effectiveness*, in *Journal of Public Policy and Marketing*, 10, 1991, p. 102-117.

¹⁵² In particolare per uno studio sui millennials: J. HEO, S. MURALIDHARAN, *What triggers young Millennials to purchase eco-friendly products. The interrelationships among knowledge, perceived consumer effectiveness, and environmental concern*. in *Journal of Marketing Communications*, 25, 2016 p. 421 ss.

¹⁵³ Così in un pionieristico studio empirico veniva chiarito che gli impatti delle fasi di produzione, uso e gestione dei rifiuti dei prodotti e dei servizi ed il consumo si interrelazionano con gli effetti ambientali delle attività economiche A. TIKKER, B. JANSEN, *Environmental Impacts of Products: A Detailed Review of Studies*, in *Journal of Industrial Ecology*, 10, n. 3, 2006, p. 159 ss.

¹⁵⁴ RAMAJOLI, *Quale futuro per la regolazione alimentare?*, in Morrone, Mocchegiani (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, cit., p. 130 ss.

preoccupazioni etiche»¹⁵⁵. Così si dimostra¹⁵⁶ che un consumo alimentare più sostenibile ed etico può essere stimolato attraverso l'aumento del coinvolgimento, dell'efficacia percepita del consumatore, della certezza, delle norme sociali e della disponibilità percepita. Tutti questi fattori dipendono dalla loro interazione reciproca e possono quindi spingere i consumatori a non acquistare i prodotti ecologici nonostante esista una preoccupazione ambientale percepita innescandosi così una sorta di dilemma shakespeariano se acquistare o meno un determinato bene¹⁵⁷.

7. *Ciclo di vita e impronta ecologica*

In questa fase di comprensione della fase produttiva e di consumo la tracciabilità¹⁵⁸ e puntuali indicazioni sull'origine dei prodotti contribuiscono a potenziare la sicurezza e la trasparenza alimentare¹⁵⁹, che devono essere supportate da necessari obblighi di informazione in etichetta¹⁶⁰. Ecco che il ciclo di vita del prodotto assume una rilevanza chiave in tutto ciò, ma come si vedrà nella successiva epigrafe anche tale concetto si relativizza. Nasce così in ambito europeo l'esigenza di unire l'impronta ambientale del bene con il prodotto alimentare. Questo parte anche dalla consapevolezza che l'impatto ambientale degli alimenti non solo è legato al processo produttivo, ma può variare di 50 volte tra i produttori dello stesso prodotto¹⁶¹.

Ecco che da una parte, si vengono a prendere determinati parametri che possono incidere sull'ambiente, e dall'altra, un punto di riferimento

¹⁵⁵ KOVACS, KERESZTES, *Perceived Consumer Effectiveness and Willingness to Pay for Credence Product Attributes of Sustainable Foods*, cit., p. 4338.

¹⁵⁶ I. VERMEIR, W. VERBEKE, *Sustainable food consumption: exploring the consumer "attitude behavioral intention" gap*, in *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 19, n. 169, 2006, p. 94 ss.

¹⁵⁷ S. GUPTA, D.T. OGDEN, *To buy or not to buy? a social dilemma perspective on green buying*, in *Journal of Consumer Marketing*, 26, n. 6, 2009, p. 376 ss.

¹⁵⁸ F. PERNAZZA, P.P. PICARELLI, *La tracciabilità dei prodotti agroalimentari: finalità, tecniche e modelli regolatori*, in Scaffardi, Zeno-Zencovich (a cura di), *Cibo e Diritto. Una prospettiva comparata*, cit., p. 493 e ss.

¹⁵⁹ Si condivide qui l'idea di SCIANCALEPORE, *Qualità dei prodotti, frode di etichette, unfair competition*, cit., p. 435.

¹⁶⁰ G. SPOTO, *Tutela del consumatore e sicurezza alimentare: obblighi di informazione in etichetta*, in *Contratto e impresa*, 4-5, 2014, p. 1071 ss.

¹⁶¹ Per uno studio in tal senso ove si analizzano 38.700 fattorie: J. POORE, T. NEMECEK, *Reducing food's environmental impacts through producers and consumers*, in *Sciences*, 360(6392), 2018, p. 987 ss.

temporale che viene identificato con il ciclo di vita del prodotto¹⁶².

In questo senso il ciclo di vita del prodotto (LCA) e l'impronta ecologica (PEF) divengono due facce della stessa medaglia, una che prende le mosse dall'ambito nazionale e l'altra a livello europeo¹⁶³. Così l'impatto della produzione del Co2, del consumo dell'acqua durante il processo o in generale l'impatto ambientale che si può produrre durante la produzione, l'industrializzazione, la commercializzazione, il consumo e lo smaltimento divengono fattori o parametri chiave degli impatti ambientali. Così per esempio l'incidenza della produzione di CO2 e dell'effetto serra si misura mediante alcuni standards¹⁶⁴, certificazioni¹⁶⁵ o norme¹⁶⁶.

Questo processo porta/porterà quindi a un sistema d'impronta ambientale¹⁶⁷ che si è sperimentato anche nel settore alimentare¹⁶⁸ che sicuramente prenderà forma in un modello iconografico di etichetta.

¹⁶² Vid. V.gr. S. CUCURACHI *et al.*, *Life Cycle Assessment of Food Systems*, in *One Earth*, 1, n. 3, p. 292 ss; O. GAVA *et al.*, *A Reflection of the Use of the Life Cycle Assessment Tool for Agri-Food Sustainability*, in *Sustainability*, 11, n. 1, 2019, p. 71 ss.

¹⁶³ Si compara qui la visione dell'Institut de l'Agriculture et de l'alimentation biologique (ITAB), *Affichage environnemental des produits alimentaires: retour de l'ITAB sur le projet de rapport du gouvernement au Parlement*, 31 gennaio 2022, p. 2.

¹⁶⁴ Greenhouse Gas Protocol Corporate (GHG Protocol) del World Resources Institute y del World Business Council for Sustainable Development (vid. <https://ghgprotocol.org>). Vid. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, *Guía para el cálculo de la huella de Carbono y para la elaboración de un plan de merjor de una organización*, giugno 2023, https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/guia_huella_carbono_tcm30-479093.pdf

¹⁶⁵ La Pas 2050 e la sua variante Pas 2060 Carbon Neutrality della British Standards Institution (<https://www.bsigroup.com/>).

¹⁶⁶ Vid. ISO 14040: 2006 e ISO 14064-1:2019 (<https://www.iso.org>).

¹⁶⁷ In questo senso si assiste a una progressiva evoluzione nel quadro dell'Unione europea: vid. European Commission, *Product Environmental Footprint Pilot Guidance. Guidance for the implementation of the EU Product Environmental Footprint (PEF) during the Environmental Footprint (EF) pilot phase*, Version 5.2 – February 2016, https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/pdf/Guidance_products.pdf; European Commission, *Product Environmental Footprint Category 2 Rules Guidance 3* Version 6.3 – May 2018, in https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/pdf/PEFCR_guidance_v6.3.pdf.

¹⁶⁸ Benché in fase sperimentale si vedano le linee guide di *FoodDrink Europe* vid. FoodDrink Europe, *Guidance on the use of PEF for the food and drink sector*, settembre, 2022, <https://www.fooddrinkeurope.eu/wp-content/uploads/2022/09/FoodDrinkEurope-Guidelines-on-Product-Environmental-Footprints.pdf>.

8. *L'implementazione dell'etichetta ambientale alimentare*

Finora si possono rilevare tre caratteristiche; da un lato, che l'importanza di un'etichetta ambientale è indiscussa nell'ambito europeo e si concretizza per esempio mediante l'EU *Ecolabel*, che è legato al ciclo di vita del prodotto¹⁶⁹, presenta natura volontaria e quindi non obbligatoria¹⁷⁰ e non trova applicazione, almeno allo stato attuale, rispetto ai prodotti alimentari o bevande. Da un altro lato, si è constatata l'evoluzione subita dall'etichettatura climatica che con il passare del tempo si è specializzata e tipicizzata sempre più. In terzo luogo si è constatato il necessario studio interdisciplinare del fenomeno soprattutto per una adeguata comprensione del comportamento del consumatore e per garantire una effettiva percezione informativa.

Assumendo definitivamente, come si è visto nella sezione anteriore, la consapevolezza che le emissioni di gas serra non sono solo dovute a processi industriali classici ma anche alla produzione di prodotti agricoli ed alimentari nasce la necessità (al contempo sfida) di creare una sinergia tra le due realtà mediante un modello iconografico o informativo che informi adeguatamente il consumatore e, indirettamente o direttamente, influisca sui suoi acquisti e consumi di beni. Ecco che nasce una nuova dimensione contrattuale legata a politiche più ampie, anche di carattere pubblicitario legate alla transizione ecologica. In questo senso la libertà contrattuale viene a vincolarsi all'obiettivo della sostenibilità ambientale. Il canale veicolare di questo cambiamento diviene l'informazione al consumatore. Così si aprono possibilità di creare etichette ambientali alimentari che – benché non (ancora) sottoposte a una legislazione specifica – sono alimentate da politiche economiche sociali o di lobby, che del resto non sono proibite, anzi implicitamente incentivate dai panorami e scenari attuali. Si pensi quindi alle politiche internazionali dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che si manifestano nell'acronimo inglese «io posso» – I-CAN – e che vogliono «sostenere la necessità di collegare le azioni per accelerare i progressi sia nel clima (mitigazione e adattamento) che nella nutrizione»¹⁷¹. Del resto l'importanza del ciclo di vita del prodotto – o della sua impronta

¹⁶⁹ Questo veniva già definito come processo dalla «culla alla tomba» ossia come «il ciclo di vita di un prodotto, dalla produzione, compresa la selezione delle materie prime, alla distribuzione, al consumo e all'uso, fino all'eliminazione dopo l'uso»: Art. 3 let. d) Regolamento (CEE) n. 880/92, cit.

¹⁷⁰ Art. 1: Regolamento n. 66/2000, cit.

¹⁷¹ World Health Organization, Initiative on Climate Action and Nutrition (I-CAN), 2022, p. 1, <https://www.gainhealth.org/sites/default/files/publications/documents/Initiative-on-climate-action-and-nutrition-I-CAN.pdf>.

digitale – sembra condurre verso un nuovo mercato di prodotti che sia sostenibile e che ricomprenda anche corretti flussi di economia circolare: così «il nuovo piano d'azione circolare dell'UE apre la strada a un'Europa più pulita e competitiva»¹⁷². In questo senso si pone anche il *Green Deal* i cui obiettivi dovrebbero (possibilmente) essere raggiunti nel 2050. Così il sistema di etichettatura si inserisce nella sfida al cambiamento climatico e nella protezione della sostenibilità non solo nel caso delle etichette ambientali e/o alimentari ma anche in una visione più ampia, assistendosi così ad un rafforzamento dei *Green Claims* in questi nuovi settori.

Lo sforzo per tracciare la vita del prodotto si osserva anche nell'obbligo di etichettatura ambientale relativa ai materiali degli imballaggi¹⁷³ che, benché dopo alcune procrastinazioni¹⁷⁴, è stata resa obbligatoria in Italia dal gennaio 2023¹⁷⁵. In questo senso benché relativa ai prodotti in generale, e non allo specifico ambito del cibo, vi è un chiaro passaggio da un sistema volontario a un sistema obbligatorio di tracciabilità della produzione e smaltimento dell'imballaggio, nonché dell'impatto sull'ambiente.

Queste progressive tendenze fanno preannunciare l'introduzione di

¹⁷² Vid. *The Circular economy action plan* at https://environment.ec.europa.eu/strategy/circular-economy-action-plan_en. Vid, K.F. DAVIS *et al.*, *Beyond the Green Revolution: A roadmap for sustainable food systems research and action*, in *Environmental Research Letters*, 17, 2022, p. 1 ss.

¹⁷³ Questa tematica è al centro dell'attività normativa dell'Unione Europea essendo stata presentata la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio intendendosi modificare la Direttiva 94/82/EC con l'obiettivo di trovare «norme di armonizzazione per i requisiti e i formati di etichettatura per la cernita da parte dei consumatori, gli imballaggi riutilizzabili, il contenuto riciclato, la compostabilità e un codice QR»: motivazione 1.5.1 della Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio, che modifica il regolamento (UE) 2019/1020 e la direttiva (UE) 2019/904 e abroga la direttiva 94/62/CE, COM(2022) 677 final 2022/0396(COD), 30 novembre 2022, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0677&qid=1688114887707>. Si vedano anche. *v.gr.* arts. 11, 12, 13, 56.1 let. c).

¹⁷⁴ L'obbligatorietà dell'eco-etiquetta prevista dal codice ambientale (art. 219, comma 5, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e modificata dal decreto legislativo n. 116 del 3 settembre 2020 che recepisce le direttive UE 2018/851 sui rifiuti e la direttiva UE 2018/852 sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio) è stata dapprima sospesa fino al dicembre 2021 (dal D.L. 31 dicembre 2020, n. 183) e poi fino al dicembre 2022 (D.L. 30 dicembre 2021, n. 228). Per una panoramica generale *vid. v.gr.* A. ACAMPORA, C.A. PRATESI (a cura di), *Economia circolare. La sfida del packaging.*, Franco Angeli, Milano 2023.

¹⁷⁵ Le linee guida tecniche sono state pubblicate mediante il Decreto Ministeriale (Ministero della Transizione Ecologica) n. 360 del 28 settembre 2022, relativo all'etichettatura ambientale degli imballaggi (*Gazzetta ufficiale*, 21 novembre 2022). Si veda anche il derogato Decreto Ministeriale (Ministero della Transizione Ecologica) 16 marzo 2022, n. 114.

nuove etichette ambientali legate al cibo, ed in questo senso alcuni ordinamenti – come quello francese – hanno deciso di intraprendere passi pionieristici in tal senso, considerando che anche la FAO si persegue gli obiettivi della Agenda 2030 con specifico riferimento al cibo ed all'agricoltura, intraprendendo iniziative – «FAST»¹⁷⁶ – per «mettere in atto azioni concrete che portino a migliorare la quantità e la qualità del contributi ai finanziamenti per il clima volti a trasformare l'agricoltura e i sistemi alimentari entro il 2030»¹⁷⁷.

In questo senso ci si spinge verso una futura etichettatura di sostenibilità obbligatoria legata al cibo e che contribuisca a raggiungere gli obiettivi del *Green Deal* di un minor consumo di risorse e di un minore impatto ambientale.

Nei successivi paragrafi si procederà a descrivere, in una prospettiva sistematica, questa nuova tipologia di etichettatura mediante l'analisi dei diversi modelli che si sono sviluppati con carattere volontario e sperimentale sia in presenza che in assenza di parametri di riferimento giuridicamente più specifici. In questo ambito sarà particolarmente interessante l'esperienza francese in quanto si è intrapreso un percorso per predisporre per l'imminente futuro una etichettatura ambientale alimentare obbligatoria e per questo da qualche anno alcuni modelli sono in fase sperimentale più avanzata.

A. Modelli iconografici volontari ed assenza di una politica di implementazione obbligatoria

I tempi sono maturi, almeno per alcuni paesi o autori, per pensare definitivamente ad una futura etichettatura ambientale alimentare che garantisca elevati *standards* di sostenibilità e che informi allo stesso tempo il consumatore affinché lo stesso adotti un comportamento più vicino a una consapevolezza proto-sostenibile, aspetto non facile poiché talvolta si è constatato un presunto divario tra l'atteggiamento favorevole verso un comportamento sostenibile e l'intenzione comportamentale di acquistare

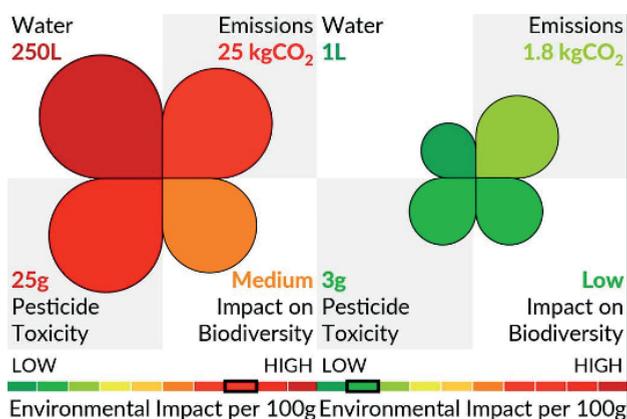
¹⁷⁶ FAST è l'acronimo di *Food and Agriculture for Sustainable Transformation Initiative*.

¹⁷⁷ FAO, *Food and Agriculture for Sustainable Transformation Initiative – FAST*, 2022, p. 1. www.fao.org/3/cc2186en/cc2186en.pdf. Più in generale si rinvia a (FAO), *Sustainable Food Systems: Concept and Framework* (2021) p. 1. www.fao.org/3/ca2079en/CA2079EN.pdf; FAO, *Climate Change and Food Security: Risk and Responses* (2015). www.fao.org/3/i5188e/I5188E.pdf.

prodotti alimentari sostenibili¹⁷⁸.

È la scienza non giuridica così quella che inizia in modo pionieristico a constatare la stretta correlazione esistente tra i modelli alimentari adottati, la salute e l'ambiente realizzando a tal fine «l'analisi e valutazione dei co-benefici per la salute e dei co-benefici del cambiamento alimentare sulla salute e sul cambiamento climatico»¹⁷⁹ iniziando a valutare tali impatti e la loro possibile incidenza con l'approssimarsi del 2050¹⁸⁰ ed auspicando una etichetta di impatto ambientale con «potenziale di mitigazione e impatti sulla salute globale derivanti dalla tariffazione delle emissioni dei prodotti alimentari di base».¹⁸¹

Questo conduce, sempre non giuristi, a proporre modelli iconografici in tal senso, proponendo un'etichetta ambientale alimentare che assume come riferimento 4 parametri: il consumo di acqua, l'emissione di gas serra (Kg Co2), il grado di impatto sulla biodiversità, e la tossicità dei pesticidi, medinte la utilizzazione di una scala cromatica verde e rossa¹⁸².



Modello Joseph Poore, fonte: *The Guardian*, 10 ottobre 2018

¹⁷⁸ Come evidenziato già da VERMEIR, VERBEKE, *Sustainable food consumption: exploring the consumer "attitude-behavioral intention" gap*, cit., p. 94 ss.

¹⁷⁹ M. SPRINGMANN *et al.*, *Analysis and valuation of the health and climate change cobenefits of dietary change*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 113, n. 15, 2016, p. 4146-4151.

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 4146-4151.

¹⁸¹ SPRINGMANN *et al.*, *Mitigation potential and global health impacts from emissions pricing of food commodities*, in *Nature climate change*, n. 7, 2016, p. 69-74.

¹⁸² POORE, *We label fridge to show their environmental impact- why not foods?*, *The Guardian*, 10 ottobre 2018, <https://www.theguardian.com/environment/2018/oct/10/we-label-fridges-to-show-their-environmental-impact-why-not-food>.

Prendendo una chiara posizione si sosteneva così che «le etichette ambientali obbligatorie cambierebbero il modo in cui produciamo e consumiamo agendo su tre profili di grande rilievo. In primo luogo, i produttori dovrebbero misurare il loro impatto in modo uniforme e rendere conto dei risultati (...); in secondo luogo, le etichette obbligatorie favorirebbero il consumo sostenibile (...); in terzo luogo, le etichette ambientali obbligatorie creerebbero informazioni sul sistema alimentare, che oggi sono scarse». ¹⁸³

La ‘green economy’ viene presa in considerazione anche dall’ordinamento italiano che la vuole promuovere determinando l’impronta ambientale dei prodotti (PEF) mediante uno schema volontario che certifichi il ‘made green in Italy’ ¹⁸⁴ mediante per mezzo di un logo – verificato e validato da un ente terzo indipendente – con una cornice circolare e con tre classi di prestazione (A,B,C) ¹⁸⁵. In tal modo si creerebbe un sistema di etichettatura che unisce i requisiti dell’etichetta di tipo 3 con altri tipici dell’etichetta DI tipo 1 ¹⁸⁶. È importante rilevare in questa sede che la certificazione ‘made green in Italy’ prende come punto di riferimento l’impronta ambientale dei prodotti (PEF) ¹⁸⁷, così come già fatto da altri modelli, climatici ed ambientali (*vid. supra*).

Questi sono alcuni indici di una vera transizione verso nuovi modelli che si avvicinano a un concetto di cibo sostenibile ¹⁸⁸ ed a un’etichettatura – volontaria – con cui si vuole misurare la sostenibilità ambientale.

In tal senso pare collocarsi anche il progetto che ha dato vita all’etichetta

¹⁸³ POORE, *We label fridge to show their environmental impact- why not foods?*, cit.

¹⁸⁴ Vid. Art. 21 Legge 221/2015, 28 dicembre «Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell’uso eccessivo di risorse naturali», *Gazzetta Ufficiale* 18 gennaio 2016. Cfr. Commissione Europea, Raccomandazione (UE) 2021/2279, 15 dicembre 2021 sull’uso dei metodi dell’impronta ambientale per misurare e comunicare le prestazioni ambientali del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni, *Gazzetta Ufficiale UE*, 30 dicembre 2021 con Commissione Europea Raccomandazione (UE) 2013/179/UE, 9 aprile 2013, relativa a relativa all’uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni, *Gazzetta Ufficiale UE*, 4 maggio 2013.

¹⁸⁵ Conforme al regolamento attuativo: vid. Allegati II e IV Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, Decreto 21 marzo 2018, n. 56, Regolamento per l’attuazione dello schema nazionale volontario per la valutazione e la comunicazione dell’impronta ambientale dei prodotti, denominato «Made Green in Italy», di cui all’articolo 21, comma 1, della legge 28 dicembre 2015, n. 221, *Gazzetta ufficiale*, 29 maggio 2018.

¹⁸⁶ Cfr. ISO 14025 e ISO 14024, *vid. supra*.

¹⁸⁷ Vid Raccomandazione UE 2021/2279/UE, cit..

¹⁸⁸ Vid. F. GALLI, E. FAVILLI, S. D’AMICO, G. BRUNORI, *A transition towards sustainable food systems in Europe. Food policy blue print scoping study*, Università di Pisa, 2018.

«Positive Food»¹⁸⁹, che prende in considerazione quattro indici: «ambiente», «persone» (con riferimento alle loro condizioni lavorative¹⁹⁰), «filiera»¹⁹¹ e «nutrienti» (come il contenuto di calcio, il rapporto proteine/grassi e la presenza di sale, posto che il progetto, ancora in fase sperimentale, si incentra attualmente sui prodotti lattiero-caseari¹⁹²). Così queste tipologie di etichettature, in assenza di una adeguata ed omogenea disciplina possono essere addirittura controproducenti: in questo caso specifico, in effetti si vengono a ‘mescolare’ indicatori ambientali o sul cambiamento climatico, insieme a quelli nutrizionali correndo il rischio di realizzare un’inappropriata commissione tra questa tipologia di etichettatura e quella tipicamente nutrizionale come quella che è al vaglio attualmente delle istituzioni dell’Unione europea ai sensi dell’art. 35 del regolamento 1169/2011.



Etichetta “Positive Food”, fonte: <https://www.positivefood.net/>

L’assenza di precisi criteri o *standards* su come debba strutturarsi in modo omogeneo l’etichettatura – indipendentemente dal suo carattere obbligatorio o volontario – produce una proliferazione¹⁹³ volontaria ed

¹⁸⁹ Il progetto è realizzato dall’Università di Milano e dal Milan Center for Food Law and Policy: vid. <https://www.positivefood.net/>

¹⁹⁰ Gli indicatori in questo caso sono benessere dei lavoratori, inclusione e diversità, innovazione sociale, occupazione e parità di genere.

¹⁹¹ Gli indicatori in questo caso sono trasparenza, tracciabilità e territorialità, promozione sociale, innovazione, economia circolare, benessere animale.

¹⁹² Vid. Comunicato Stampa 7 luglio 2023 disponibile in https://www.positivefood.net/wp-content/uploads/2023/07/2023-07-07_Comunicato-stampa-PositiveFood.pdf

¹⁹³ Così già nel 2013 l’Unione europea aveva identificato più di 900 modelli di

eterogenea di tipologie di etichette o loghi, che non vengono regolati a livello normativo ma che risultano plasmati dall'influenza dei settori economici, il marketing o da azioni lobbistiche, e dovendo altresì conciliarsi con le altre normative sulla produzione biologica¹⁹⁴.

Dinnanzi a modelli volontari e senza obbligo di seguire parametri vincolanti ed omogenei (come invece aveva per esempio sancito la normativa relativa all'etichettatura climatica) si cerca di arrivare a un posizionamento sul mercato mediante l'uso massivo dell'etichetta o del logo con la concertazione degli *stakeholders* partecipando così a progetti che tentino di rendere familiare queste tipologie comunicative ai consumatori e pertanto incidendo di fatto, o cercando di incidere, sulla predisposizione di determinati modelli di scelta o di influenza sul consumatore non solo su scala nazionale ma europea.

Valga da esempio il modello *Nutriscore* in relazione all'etichetta nutrizionale sulla parte frontale della confezione (o cosiddetta bollinatura fronte pacco, FOP) che si vuole cercare di imporre/proporre come modello europeo, nonostante esistano altre tipologie di etichettature nutrizionali già concepite come obbligatorie e che si stanno imponendo come un modello di *legal transplant*¹⁹⁵, o applicando volontariamente, come in Italia nel caso nel *NutriInform Battery*¹⁹⁶.

Bisogna inoltre tener presente che, in presenza di vari modelli, una utilizzazione di questi può seriamente incidere non solo sulle politiche che concernono le relazioni con il consumatore finale ma anche su quelle

etichettatura relativi al cibo: Commissione Europea, *Consumer Market Study on the functioning of voluntary food labelling schemes for consumers in the European Union*, dicembre 2013, p. 57, https://commission.europa.eu/system/files/2019-01/food-labelling-scheme-final-report_en.pdf

¹⁹⁴ Si pensi anche all'implementazione del Regolamento (UE) 2018/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il regolamento (CE) n. 834/2007 del Consiglio, Gazzetta Ufficiale UE L 150 16 giugno 2018, ed in particolare l'implementazione degli art. 30-33 relativi all'etichettatura di prodotti e sostanze utilizzati nella produzione vegetale ed al logo di produzione biologica dell'Unione europea.

¹⁹⁵ Si veda per esempio il processo di implementazione del modello ottagonale di etichettatura nutrizionale cilena in Perù: A. FERRANTE, *El etiquetado frontal en los alimentos y la iconografía jurídica: un ejemplo para la comprensión del trasplante jurídico y del nuevo paradigma latinoamericano*, in *Derecho (PUCP)*, 87, 2021, p. 141-181.

¹⁹⁶ Per alcune riflessioni tra i modelli di etichettatura nutrizionale sulla parte frontale ed in particolare tra il modello cileno (e la sua implementazione in America latina) con l'*Nutri Score* ed il *NutriInform Battery*: FERRANTE, *Front-of-pack labelling: Nutri-score in the quicksands of the Latin American octagonal model and NutriInform?*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, 4, 2021, p. 74-89.

relative al sistema di mercato e alla concorrenza sleale che può svilupparsi nell'ambito delle nuove politiche ecologiche¹⁹⁷. Così, per esempio l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto che l'etichettatura nutrizionale Nutriscore potrebbe condurre a una tipologia di pratica commerciale scorretta¹⁹⁸. Infatti mediante l'utilizzazione dell'etichetta Nutriscore si potrebbe giungere alla violazione della diligenza professionale ed alla violazione degli art. 20, 21, lettera b) e 22 del Codice del Consumo, realizzandosi un'attività idonea a indurre in errore il consumatore medio con riguardo alla natura e al funzionamento dei parametri su cui si basa la valutazione espressa con tale etichetta e ciò, nonostante le etichette siano conformi agli standard imposti dall'art. 35 del Regolamento 1169/2011. Come può osservarsi quindi il fatto che si rispettino determinati *standards* giuridici non necessariamente significa che altri, strettamente connessi con i primi vengano egualmente rispettati. Così in questa fase, la tutela del consumatore è limitata a situazioni specifiche; ed i soggetti che immettono sul mercato prodotti con questo sistema di etichettatura evitano sanzioni fornendo chiarimenti correlati all'uso di tale etichetta¹⁹⁹.

B. Modelli iconografici volontari in presenza di una politica di implementazione obbligatoria

L'Unione Europea non ha ancora preso posizione su una etichettatura ambientale relativa agli alimenti e quindi sulla sua obbligatorietà; sul punto si avverte dunque incertezza poiché anche la decisione sull'obbligatorietà o meno dell'etichetta nutrizionale frontale degli alimenti – ai sensi dell'art. 35 Regolamento n. 1169/2011 – benché prevista per fine 2022, non è stata ancora adottata²⁰⁰.

¹⁹⁷ Commission Staff Working Document Impact Assessment Report, *Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 2005/29/EC and 2011/83/EU as regards empowering consumers for the green transition through better protection against unfair practices and better information* {COM(2022) 143 final} - {SEC(2022) 166 final} - {SWD(2022) 86 final}, 30 marzo 2022 SWD(2022) 85 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022SC0085>

¹⁹⁸ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Nutriscore- Duncan_ PS 3022*, [https://www.agcm.it/dotcms/Custom/tc/2027/9/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/C4BCB7C264CD175AC12588BB00377E4E/\\$File/p30242.pdf](https://www.agcm.it/dotcms/Custom/tc/2027/9/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/C4BCB7C264CD175AC12588BB00377E4E/$File/p30242.pdf)

¹⁹⁹ *V.gr.* in questo senso vid. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Nutriscore-Carrefour_ PS 12131*, *Bollettino Settimanale*, 29, 2022, p. 18 ss.

²⁰⁰ Vid. European Food Safety Authority, *Scientific Opinion advising on the development of harmonised mandatory front-of-pack nutrition labelling and the setting of nutrient profiles*

Questo non significa che gli stati membri non possano nel frattempo attivarsi per prendere determinate scelte politiche e giuridiche in questo senso.

Il vantaggio di poter già avere a disposizione a livello nazionale un adeguato apparato normativo è anche quello di poter prospettare un modello giuridico che – se efficiente – potrebbe influenzare – anche mediante pressioni non strettamente giuridiche – la sua circolazione – anche parziale – in altri Stati o direttamente nell’Unione Europea, qualora si decidesse di adottare un sistema unico ed obbligatorio di etichettatura.

A tal fine si considera qui opportuno richiamare l’esempio francese in quanto in tale ordinamento la volontà di fornire informazioni ambientali relative ai prodotti e l’attenzione per il problema del cambiamento climatico sono già consolidate, essendo state manifestate sin dalla *Loi Grenelle I*²⁰¹ – e *Grenelle II*²⁰² – o con la *loi de la transition énergétique pour une croissance verte*²⁰³ che impone la necessità di giustificare le affermazioni ambientali riferite ai prodotti²⁰⁴. Così tradizionalmente l’ordinamento francese è stato sempre attento ad una mitigazione del cambiamento climatico e delle emissioni di gas serra.

La valutazione dell’impatto ambientale dei prodotti viene elaborata mediante una serie di parametri per prodotti agricoli ed alimentare condensati nel sistema *agribalyse*²⁰⁵, creato nel 2009 ed il cui primo data base risale al 2014²⁰⁶. Concepito inizialmente per i prodotti agricoli e successivamente esteso a quelli alimentari, lo stesso prende come punto

for restricting nutrition and health claims on foods, in *EFSA Journal*, 20(4), 2022, p. 7259.

²⁰¹ Vid art. 2 *Loi No 2009-967*, 3 agosto 2009 *de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l’environnement* (*Journal Officiel* 5 agosto 2009). Per tutti Comité national du développement durable et du Grenelle de l’Environnement (CNDDGE), *Rapport d’évaluation du Grenelle de l’Environnement*, ottobre 2010, p. 25, http://www.developpementdurable.gouv.fr/IMG/pdf/EY_Evaluation_Grenelle_Rapport_Final_101026_entier.pdf

²⁰² *Loi n. 2010-788*, 12 luglio 2010 *portant engagement national pour l’environnement* (*Journal Officiel* 13 luglio 2010).

²⁰³ *Loi n. 2015-992*, 17 agosto 2015 *de la transition énergétique pour une croissance verte* (*Journal Officiel* 18 agosto 2015).

²⁰⁴ In questo senso i produttori che fanno dichiarazioni ambientali devono rendere disponibili congiuntamente le principali caratteristiche ambientali di tali prodotti: art. 90 *Loi n 2015-992* of 17 agosto 2015, cit.

²⁰⁵ Si veda la pagina web ufficiale <https://agribalyse.ademe.fr/>.

²⁰⁶ Il modello attualmente è nella versione 3.1.1 e riunisce più di 200 produzioni agricole e 2000 prodotti alimentari: vid. J. AUBERGER *et al.*, *Rapport de changement agribalyse 3.0/3.1*, Rédaction équipes INRAE – plateforme MEANS, EVEA. Edition ADEME 2022.

di riferimento il ciclo di vita del prodotto e, considerandone quindi la produzione, la trasformazione, il trasporto e la logistica, l'imballaggio, il consumo o l'utilizzo e lo smaltimento²⁰⁷. Questo rende con l'*Ecobalyse* uno strumento pedagogico²⁰⁸ che permette di calcolare l'impatto ambientale che un prodotto può avere sulla base del proprio ciclo di vita o sulla scorta dell'impronta ambientale dei prodotti (PEF).

Un ulteriore passo in avanti avviene nell'agosto 2021 quando la *Loi contre le dérèglement climatique e résilienza dei suoi effetti* riforma il *code de l'environnement*²⁰⁹ e predispose un sistema di etichettatura ambientale obbligatorio applicabile anche agli alimenti²¹⁰. Così si abroga il sistema anteriore – contenuto nell'art 15 della legge «*gaspillage et économie circulaire*» – che un anno prima non solo aveva determinato il passaggio da un sistema di etichettatura volontario ad uno obbligatorio²¹¹, ma che ne aveva anche definito espressamente gli effetti e finalità²¹² fissando come parametro di riferimento l'analisi del ciclo di vita. Questo parametro non è però esaustivo e la riforma successiva amplia gli indicatori rilevanti

²⁰⁷ Si veda il rapporto: A. ASSELIN-BALENÇON *et al.*, *AGRIBALYSE 3: la base de données française d'ICV sur l'Agriculture et l'Alimentation. Methodology for the food products. Rapport initial Agribalyse3.0-2020, mise à jour Agribalyse3.1*, Ed. ADEME 2022.

²⁰⁸ Così nella stessa pagina del governo francese si definisce l'Ecobalyse come “*outil pédagogique gratuit permettant de calculer facilement leurs impacts et ainsi d'amorcer leur transition vers des modèles de production plus durables*”: <https://beta.gouv.fr/startups/ecobalyse.html>

²⁰⁹ Concretamente nello specifico si modificano dall' art. Art. L. 541-9-11 all' art. L. 541-9-115 *code de l'environnement*.

²¹⁰ Vid. arts. 1 y 2 *Loi n. 2021-1104, 22 agosto 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (Journal Officiel, 24 agosto 2021)*

²¹¹ Il sistema volontario di etichettatura previsto dalla legge contro la *lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire* sarebbe dovuto divenire obbligatorio dal 1 gennaio 2022, ma il sistema è stato sostituito dal modello predisposto dalla *lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*.

²¹² In particolare mediante il suo art. 15 si predisoneva che “Un dispositif d'affichage environnemental ou environnemental et social volontaire est institué. Il est destiné à apporter au consommateur une information relative aux caractéristiques environnementales ou aux caractéristiques environnementales et au respect de critères sociaux d'un bien, d'un service ou d'une catégorie de biens ou de services, basée principalement sur une analyse du cycle de vie. Les personnes privées ou publiques qui souhaitent mettre en place cet affichage environnemental ou environnemental et social, par voie de marquage, d'étiquetage ou par tout autre procédé approprié, notamment par une dématérialisation fiable, mise à jour et juste des données, se conforment à des dispositifs définis par décrets, qui précisent les catégories de biens et services concernées, la méthodologie à utiliser ainsi que les modalités d'affichage” *Loi n. 2020-105, 10 febbraio 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (Journal Officiel, 11 febbraio 2020)*.

considerando così «l'impatto specifico in termini di emissioni di gas serra di beni e servizi durante il loro intero ciclo di vita»²¹³.

A completamento della disciplina, si sancisce anche che non sono solo le emissioni di gas serra ma anche i danni alla biodiversità e il consumo di acqua e di altre risorse naturali gli aspetti che vanno «presi in considerazione in base alla loro rilevanza per una determinata categoria»²¹⁴.

Ecco che per il tramite del decreto attuativo²¹⁵ si sono sviluppati alcuni modelli che hanno cercato di proporsi come miglior punto di riferimento, prevedendo anche un periodo di sperimentazione della durata massima di cinque anni, ossia sino al 2026²¹⁶, sperimentazione che è appunto avvenuta anche in ambito alimentare, nel cui quadro alcuni modelli sono stati ampiamente usati da varie imprese o *stakeholders*.

C. (Segue) *Eco-Score e Planet-Score*

Due dei modelli²¹⁷ di etichettatura di riferimento nel panorama francese sono l'«Eco-Score»²¹⁸ ed il «Planet-score»²¹⁹.

Il primo essenzialmente ripercorre le orme dell'etichetta nutrizionale Nutri-Score²²⁰ prevedendo essenzialmente una struttura iconografica e

²¹³ Chiarendosi anche che si informerà anche circa le esternalità ambientali in particolare per i prodotti agricoli, forestali e alimentari: Art. L. 541-9-11 *code de l'environnement*.

²¹⁴ «Pris en compte selon leur pertinence pour une catégorie donnée».

²¹⁵ A tenore dell'Art. L. 541-9-12 *code de l'environnement*.

²¹⁶ Vid. Art. L. 541-9-15-II *code de l'environnement*.

²¹⁷ Questo non significa che allo stato attuale non vi siano altri sistemi di etichettatura simili anche in altri paesi come per esempio Eco-Impact e l'EnviroScore che si sviluppa anch'esso su una scala di cinque lettere altresì policromatica: vid. S. RAMOS *et al.*, *EnviroScore: normalization, weighting, and categorization algorithm to evaluate the relative environmental impact of food and drink products*, in *npj Sci Food*, 6, 2022, 54.

²¹⁸ Vid. la pagina ufficiale: <https://docs.score-environmental.com/>.

²¹⁹ Vid. la pagina ufficiale <https://www.planet-score.org>. Per una breve panoramica: Itab, Sayari, Very Good Future, *Futur Etiquetage Environnemental: le Planet-score prochainement affiché sur les produits alimentaires grâce au soutien de la société civile et à la mobilisation d'entreprises désireuses d'accélérer la transition écologique*, 4 http://itab.asso.fr/downloads/affichage-environnemental/itab_sayari_vgf_-_communiqué_planet-score_-_20211028_vz.pdf, più tecnicamente vid. Rapport du gouvernement au Parlement, *Affichage environnemental des produits alimentaires - Bilan de l'expérimentation et enseignements*, N. NOR: TRED2207795X, gennaio, 2022.

²²⁰ Per uno studio in Belgio anche in relazione con il Nutri-Score: M.DE BAUW *et al.*, *A combined Nutri-Score and 'Eco-Score' approach for more nutritious and more environmentally friendly food choices? Evidence from a consumer experiment in Belgium*, in *Food Quality and Preference*, 93, 2021, p. 104276.

policromatica con valori da A ad E e colori dal verde al rosso²²¹. Applicando i parametri di riferimenti imposti dalla legislazione vigente prende in considerazione il ciclo di vita di prodotto aggiungendo anche una serie di variabili e criteri addizionali²²².

Si ricorda qui che tali sistemi di etichettatura a volte richiedono complessità tecniche legate anche ad usi di algoritmi difficilmente comprensibili dal consumatore normale e che possono venir cambiati a sua insaputa. Così per esempio, in ambito nutrizionale, l'etichettatura Nutri-Score ha visto modificato il proprio algoritmo nel giugno 2022²²³, mantenendo inalterato il proprio modello iconografico policromatico e la propria scala con valori dalla A fino alla E. In questo senso il consumatore non ha potuto percepire che dinnanzi a una stessa etichettatura e modello, uno stesso prodotto poteva aver variato la sua categoria nutrizionale. In definitiva in assenza di una precisa normativa tecnica in questi casi non si prevede una normativa simile all'etichetta riscalata²²⁴, presente invece in ambito energetico, ove si impone anche in determinati casi una scala color grigio per evidenziare determinati cambiamenti. In questo senso il consumatore non può percepire che in definitiva quello che si trova dinnanzi tecnicamente – e giuridicamente – non è il medesimo bene, potendosi addirittura qualificare come un *aliud pro alio*. Medesimi ed analoghi problemi possono prospettarsi in tutte queste tipologie di etichette volontarie che hanno alla base algoritmi ed i cui cambi non vengano adeguatamente comunicati ai consumatori. Del resto si ricordi

²²¹ V.gr. vid. K. JÜRKENBECK, *The effect of information among established and new sustainability labelling on consumers' preference and willingness to pay*, in *Cleaner and Responsible Consumption*, 10, 2023, p. 100131.

²²² Così si prendono in considerazione le emissioni di gas serra (CO₂) e delle polveri sottili, la distruzione dello strato di ozono, l'ossidazione fotochimica, l'acidificazione, la radioattività, l'impovertimento delle risorse idriche, l'inquinamento delle acque dolci, l'esaurimento delle risorse non rinnovabili, l'eutrofizzazione (terrestre, d'acqua dolce e marina), l'uso del suolo, la tossicità dell'acqua dolce, la perdita di biodiversità: vid. <https://docs.score-environmental.com/>.

²²³ Scientific Committee of the Nutri-Score, *Update report of the Nutri-Score algorithm*, giugno 2022 https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/maj__rapport_nutri-score_rapport_algorithme_2022_.pdf; vid. anche Scientific Committee of the Nutri-Score, *Yearly report from the Scientific Committee of the Nutri-Score*, 2021, at https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/annual_report_2021.pdf

²²⁴ Si ricorda qui che nell'ambito energetico questa veniva definita come «l'etichetta di un particolare gruppo di prodotti che ha subito un riscalaggio ed è distinguibile dalle etichette precedenti il riscalaggio pur mantenendo una coerenza visiva e percettibile con l'insieme delle etichette»: art. 2 num. 21 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

che anche la normativa francese è chiara nello stabilire che le informazioni devono essere fornite «in modo attendibile e facilmente comprensibile per il consumatore»²²⁵.



Etichetta Eco-Score. Fonte: <https://docs.score-environnemental.com/>

Anche il modello di etichettatura 'Planet-score' applica simili criteri, non prevedendo la comunicazione del meccanismo di funzionamento del suo algoritmo, ed è valutato sulla base dell'analisi del ciclo di vita del prodotto. Nonostante si strutturi *mutatis mutandis* secondo un modello iconografico concettualmente simile all'Eco-Score, questo modello inserisce alcuni indicatori aggiuntivi quali la biodiversità, il clima e i pesticidi²²⁶ e completa l'etichetta con un ulteriore parametro che prende come termine di riferimento anche il benessere dell'animale ed il metodo con cui è allevato (utilizzando una scala cromatica di tre colori: verde, arancione e rosso).



Etichetta: Planet-score. Fonte: <https://www.planet-score.org>

Questo conduce a ritenere che il governo francese sia più orientato verso questo secondo modello di etichettatura, potendosi affermare così che «il Planet-score (...) è oggi l'unica etichettatura, su scala francese ma

²²⁵ Art. L. 541-9-11 *code de l'environnement*.

²²⁶ Vid. L. BRIMONT, M. SAUJOT, *Affichage environnemental alimentaire: révéler les visions pour construire un compromis politique*, on Behalf of Iddri, octobre 2021, 92, https://www.iddri.org/sites/default/files/PDF/Publications/Catalogue%20Iddri/Etude/202110-ST0821-AE_1.pdf

anche internazionale»²²⁷ che permette di offrire una rappresentazione della transizione agro ecologica e del suo progresso in modo trasparente.

Nonostante ciò, ambedue i sistemi di etichettatura andrebbero rivalutati profondamente qualora si assumesse, come ha evidenziato nel novembre 2023 il rapporto del Comitato di competenza scientifica interdisciplinare sull'etichettatura ambientale (CESIAe) che «il ciclo di vita del prodotto e quello basato sull'impronta ambientale dei prodotti (PEF) costituiscono una base metodologica inadeguata per l'etichettatura ambientale dei prodotti agricoli e alimentari»²²⁸. Che la *Product Environmental Footprint potresse creare possibili anomalie era stato rilevato anche da una lettera aperta* firmata nel marzo 2022 da una decina di ONG, tra cui per esempio la *European Consumer Organisation* (BEUC), nella quale si constatava che questo strumento, *pensato inizialmente per metodi industriali*, poteva non adattarsi perfettamente *al sistema agricolo*²²⁹.

In questo senso il modello Eco-Score incentrato sul ciclo di vita del prodotto, perde considerabilmente il suo importante posizionamento, ed in parte lo perderebbe anche il Planet-Score, nonostante questo prenda in considerazione anche altri valori e per questo potrebbe essere rimodellato in una nuova versione. Del resto i limiti del riferire i parametri dell'etichettatura ambientale agli esseri viventi erano già stati evidenziati dall'*Institut de l'Agriculture et de l'alimentation biologique* (ITAB) nel gennaio 2022 quando si affermava che il modello basato sul ciclo di vita, benché ben ideato per i settori industriali, «tuttavia, soffre di numerosi punti ciechi e limitazioni fondamentali quando si tratta di affrontare problematiche legate al mondo vivente»²³⁰. Se così fosse – si noti che queste conclusioni sono state raggiunte da tecnici, ma senza una preparazione

²²⁷ In questo senso Rapport du gouvernement au Parlement, *Affichage environnemental des produits alimentaires - Bilan de l'expérimentation et enseignements*, N. NOR: TRED2207795X, gennaio, 2022, 92.

²²⁸ COMITÉ D'EXPERTISE SCIENTIFIQUE INTERDISCIPLINAIRE SUR L'AFFICHAGE ENVIRONNEMENTAL (CESIAE), *Affichage Environnemental. Recommandations pour un dispositif global d'affichage environnemental producteur de sens, fédérateur, et apte à accélérer la transition écologique. Pour des systèmes agricoles et alimentaires soutenables et résilients*, novembre 2023, https://www.reussir.fr/lesmarches/sites/lesmarches/files/2023-12/rapport_cesiae.pdf, p. 3.

²²⁹ La lettera aperta firmata nel marzo 2022 da una decina di ONG, può trovarsi in <https://foodpolicycoalition.eu/wp-content/uploads/2022/03/Joint-letter-on-concerns-over-PEF-methodology-for-agri-food-products.-MAR-2022..pdf>

²³⁰ Institut de l'Agriculture et de l'alimentation biologique (ITAB), *Affichage environnemental des produits alimentaires : retour de l'ITAB sur le projet de rapport du gouvernement au Parlement*, 31 gennaio 2022, p. 2.

giuridica – tali rilievi porrebbero in scacco o almeno in discussione da una parte il sistema *agribalyse* – che prende come riferimento il ciclo di vita del prodotto e che è stato anche funzionale all’elaborazione delle etichettature che si sono appena viste – ma anche le pertinenti disposizioni normative che si riferiscono espressamente al ciclo di vita, come l’art. L. 541-9-11 *code de l’environnement*. Nonostante ciò, per esempio il rapporto del CESIAe non esclude totalmente il riferimento al ciclo di vita ma più che altro i riferimenti e parametri che attualmente su questo si basano; così, benché si raccomandi «una significativa riduzione dell’uso della metodologia LCA-PEF per l’etichettatura ambientale e, più in generale, per l’informazione ambientale e l’eco-design»²³¹, non si esclude che sia «perfettamente possibile effettuare valutazioni ambientali su scala di ciclo di vita senza ricorrere a un metodo che ha monopolizzato questa terminologia (“analisi del ciclo di vita” o “LCA”）」²³². Occorre notare che qui vengono in gioco sfumature giuridiche e per questo si avverte la necessità che nei comitati tecnici siano inclusi anche giuristi, cosa che non è avvenuta per esempio nel caso della relazione del CESIAe²³³ menzionata. Questo sicuramente contribuirebbe ad un avanzamento più rapido ed efficiente della normativa di riferimento.

D. Prospettive future

L’Unione Europea è cosciente della necessità di regolare adeguatamente il tema trattato in queste pagine; del resto il Regolamento sull’informazione alimentare è chiaro nel promuovere la corretta informazione del consumatore, imponendo che lo stesso non venga indotto in errore dai *claims* sui prodotti alimentari²³⁴. In questo panorama si colloca la nuova proposta di Direttiva relativa ai *green claims* del marzo 2023²³⁵, che tra le altre cose prevede un ‘sistema di etichettatura ambientale’ (e ‘marchi di qualità ecologica’) in senso ampio che concede un marchio ambientale –

²³¹ CESIAE, *Affichage Environnemental. Recommandations...cit*, p. 3.

²³² CESIAE, *Affichage Environnemental. Recommandations...cit*, p. 3.

²³³ La relazione sopra menzionata è stata redatta da cinque esperti di cui 2 ecologi, un sociologo, un geografo ed un agronomo appartenenti al Centre national de la recherche scientifique (CNRS) ed all’École nationale supérieure de formation de l’enseignement agricole (ENSFEA).

²³⁴ Vid. Art. 7 Regolamento 1169/2011, cit.

²³⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, sull’attestazione e sulla comunicazione delle asserzioni ambientali esplicite (direttiva sulle asserzioni ambientali), 22 marzo 2023, COM(2023) 166 final 2023/0085 (COD) («Proposta *Green Claims*»), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023PC0166>.

alla soddisfazione di determinati requisiti – non solo per un prodotto ma anche per processo o per un professionista²³⁶.

Al momento sembra vi sia la volontà di far coesistere un sistema di etichette ambientali pubbliche e private: così si prevede la creazione di nuovi sistemi non solo pubblici ma anche privati di etichettatura a condizione che questi ultimi siano approvati dagli Stati membri solo qualora questi apportino un valore aggiunto. Al contempo si vuole escludere la creazione di nuovi sistemi pubblici a livello nazionale o regionale – si afferma infatti che tale creazione «dovrebbe essere vietata»²³⁷ – al fine di centralizzare il sistema a livello dell’Unione Europea²³⁸: così, non appena la Direttiva sarà recepita rimarranno applicabili i soli sistemi pubblici già presenti all’entrata in vigore della Direttiva²³⁹. Gli operatori privati potranno mantenere o creare la propria etichetta se questa attesta un valore ambientale aggiunto rispetto ai sistemi ufficiali²⁴⁰.

Si osservi che si prevede una nuova definizione di ciclo di vita del prodotto²⁴¹ benchè questa non prescriv un metodo unico né imponga una valutazione dell’intero ciclo di vita per ciascun tipo di asserzione (*claim*)²⁴². In questo senso si aprono le porte a differenti valutazioni e parametri a seconda dei *claims* di riferimento.

Indubbiamente comunque si constata l’alta tecnicità della comprensione del ciclo di vita del prodotto in quanto si afferma che la sua valutazione e lo sviluppo di metodi e di dati che portino ad attestare le autodichiarazioni ambientali «generalmente necessitano di una conoscenza specialistica

²³⁶ Art. 8 Proposta *Green Claims*, cit.. Si osservi che la versione italiana si riferisce nell’art. 7 al «marchio ambientale» e nell’art. 8 ai «sistemi di etichettatura ambientale» quando invece la versione inglese e francese si riferiscono rispettivamente a un «*environmental labels*» ed a «*environmental labelling scheme*» ed in Francia a «*label environnemental*» ed al «*système de labels environnementaux*». L’«*environmental labels*» (marchio ambientale nella versione italiana) a tenore dell’art. 2 (8) «riguarda esclusivamente o prevalentemente aspetti ambientali di un prodotto, di un processo o di un professionista».

²³⁷ Punto 3.2, Proposta di Direttiva *Green Claims*, cit., p. 13.

²³⁸ Punto 3.2, Proposta di Direttiva *Green Claims*, cit., p. 13.

²³⁹ Punto 3.2, Proposta di Direttiva *Green Claims*, cit., p. 13.

²⁴⁰ Vid. art. 8 (5), Proposta di Direttiva *Green Claims*, cit., p. 13.

²⁴¹ Definito come «l’insieme delle fasi consecutive e collegate della vita del prodotto, che consistono nell’acquisizione delle materie prime o nella loro produzione a partire da risorse naturali, nel pretrattamento, nella fabbricazione, nello stoccaggio, nella distribuzione, nell’installazione, nell’uso, nella manutenzione, nella riparazione, nel miglioramento, nel ricondizionamento e nel riutilizzo, e il fine vita»: art. 2 (13) Proposta di Direttiva *Green Claims*, cit.

²⁴² In questo senso è esplicita la proposta: Proposta di Direttiva *Green Claims*, cit., p. 21.

tecnica/scientifica, di un'istruzione scientifica a livello di dottorato e di anni di esperienza nel settore»,²⁴³. Indirettamente questa constatazione dimostra ancor di più la necessità di metodi e strumenti efficaci che consentano di informare al consumatore e comprendere l'informazione ambientale che gli viene fornita affinché non effettui scelte fuorvianti senza l'opportuna conoscenza e consapevolezza dell'informazione che gli si offre e delle caratteristiche del prodotto che sta acquistando e consumando.

Questi solo alcuni tratti orientativi che probabilmente riceveranno uno sviluppo più dettagliato e specifico se realmente si vuole raggiungere un corretto equilibrio tra sicurezza, informazione e sistema alimentare.

9. Conclusioni

La progressiva necessità di ridurre le emissioni di anidride carbonica in attuazione dell'accordo di Parigi, dell'*EU Green Deal* e dell'Agenda 2030 crea nuovi scenari che prendono forma nella cosiddetta transizione ecologica, richiedendosi così nuove politiche alimentari per raggiungere gli obiettivi prefissati e per darne un'opportuna consapevolezza e informazione al consumatore/compratore. È un esempio di questo l'etichetta ambientale alimentare e la necessità di introdurre nuovi indicatori relativi a fattori di biodiversità, alla presenza di pesticidi o all'incidenza del prodotto sul cambiamento climatico durante il suo ciclo di vita. Benché questi aspetti corrispondano a politiche pubbliche trasbordano comunque nella sfera privata ed incidono sui meccanismi di contrattazione sia B2B come B2C. Per questo è necessaria una corretta sinergia tra normativa pubblica e privata che garantisca non solo il compimento delle politiche internazionali di sostenibilità climatica ed alimentare ma anche una contrattazione secondo schemi contrattuali non patologici, affinché la libertà contrattuale si sviluppi in un mercato non affetto da concorrenza sleale e mediante un'adeguata informazione al contraente. È altrettanto auspicabile una coesistenza ottimale tra un'etichetta nutrizionale degli alimenti (*v.gr. Nutriscore*, o nel caso italiano il *NutriInform Battery*) e quella ambientale alimentare (*v.gr. Eco-score* e *Planet-score*).

Modelli stranieri, come l'esperienza francese, possono essere utili per meglio comprendere i passi da seguire per adottare od escludere la circolazione di modelli più o meno efficienti.

²⁴³ Proposta di Direttiva *Green Claims*, cit.p. 77.

Sicuramente la Francia di mostra che l'avvicinamento giuridico a determinati aspetti in modo pionieristico può condurre alla predisposizione di modelli che potrebbero influenzare la loro circolazione e recepimento futuro. Sebbene questo, ciò può essere allo stato attuale un'arma a doppio taglio in quanto si potrebbe raggiungere l'obiettivo contrario, laddove si dimostrasse che il modello non è del tutto efficiente. In questo caso si è visto che modelli come il *Nutri-score* e l'*Eco-score* potrebbero venir esclusi addirittura su scala nazionale, potendosi in futuro addirittura adottare modelli diversi da quelli sperimentati finora.

Si è potuto vedere che bisogna adottare con le dovute cautele modelli di etichetta che si basino sul ciclo di vita del prodotto o sulla sua impronta digitale non solo perché sembrerebbe che si concilino non adeguatamente con i prodotti alimentari e gli alimenti ma anche poiché questi concetti non sono spesso intesi uniformemente in fase di studio scientifico. Anche le espressioni giuridiche di riferimento sono diverse e quindi relative: si pensi che già negli anni novanta si voleva definire questo modello come quello «dalla culla alla tomba»²⁴⁴. Per questo spesso una normativa pionieristica può o potrebbe influenzare gli schemi giuridici successivi ma non necessariamente. In questi contesti inoltre l'adozione volontaria dei sistemi di etichettatura, e l'influenza indiretta sul mercato e sui nuovi schemi giuridici, è stata incentivata da un sistema sperimentale di fatto alimentato anche in parte da spinte lobbiste²⁴⁵: infatti a titolo esemplificativo si ricordi che l'etichetta *Nutriscore* è un marchio registrato dall'*Agence nationale de santé publique*²⁴⁶.

L'esperienza francese comunque ha portato a un sistema organizzativo giuridicamente ed amministrativamente strutturato, un esempio del quale può essere tutto il lavoro svolto dall'Agenzia per la transizione ecologica (Ademe) che sicuramente ha già le basi per poter affrontare nella miglior maniera le sfide che deriveranno dalla proposta di Direttiva sui *green claims*. In questo senso sin da subito anche gli altri Stati, in primis l'Italia, devono

²⁴⁴ Così con l'espressione «dalla culla alla tomba» si doveva intendere «il ciclo di vita di un prodotto, dalla produzione, compresa la selezione delle materie prime, alla distribuzione, al consumo e all'uso, fino all'eliminazione dopo l'uso»: Art. 3 let. d) Regolamento (CEE) n. 880/92, cit.

²⁴⁵ Più di 1400 imprese stanno utilizzando il *Nutri-score*, la lista può vedersi qui nella pagina web del ministero della salute francese: <https://www.santepubliquefrance.fr/determinants-de-sante/nutrition-et-activite-physique/articles/nutri-score/documents/france-entreprises-et-marques-engagees-en-faveur-de-nutri-score>

²⁴⁶ Numero del marchio: 1513536, Numeri di marchi: 004112415-0001, 004112415-0002, 004112415-0003, 1513936: *vid.* <https://euipo.europa.eu/eSearch/#basic/1+1+1/100+100+100+100/nutri-score>.

prendere consapevolezza che è opportuna l'immediata implementazione di politiche e sistemi organizzativi solidi che non si facciano cogliere impreparati nel momento dell'approvazione della nuova normativa, *a fortiori* se successivamente la creazione di nuovi sistemi pubblici a livello nazionale o regionale non sarà più possibile. Non si può lasciare arbitrarietà nella fissazione di determinati valori-parametro o algoritmi nel settore alimentare: in questo senso il sistema di autocertificazione dovrebbe lasciare il passo unicamente a sistemi indipendenti i cui parametri di valutazioni siano fissati soltanto su scala nazionale o europea, altrimenti si svilupperebbero sistemi che muovono i loro passi da valutazioni scientifiche soggettive e quindi non necessariamente riconosciute e condivise.

Inoltre sin da subito, per esempio, si dovrà pensare a un sistema di etichettatura appropriato. In tal senso laddove anche per l'etichetta ambientale alimentare si voglia adottare un modello cromatico e di classificazione dovrà predisporre un adeguato sistema informativo che fornisca adeguata informazione sui cambi di algoritmo legati all'etichetta e al suo riscalaggio in modo simile all'etichetta energetica²⁴⁷. Inoltre in presenza sia di un modello cromatico che di uno basato su lettere dovrà stabilirsi la prevalenza di uno dei due qualora questi esprimano valori contrastanti.

Le politiche nazionali ed europee inoltre dovranno sviluppare con un importante sistema non solo informativo ma anche educativo che contribuisca a far crescere il livello culturale del consumatore affinché questo possa raggiungere una piena consapevolezza delle caratteristiche dei prodotti alimentari, dei suoi ingredienti e di tutte le sfaccettature dell'etereo concetto di 'green'.

Sicuramente è opportuno che l'ordinamento nazionale (o europeo) fissi un unico modello armonizzato di etichettatura, indipendentemente dalla scelta di poi implementarlo come volontario od obbligatorio. La proliferazione di modelli eterogenei, ancor di più se non soggetti a specifici *standards*, è pernicioso non solo per il consumatore ma anche per il sistema di mercato, potendo creare sistemi di concorrenza sleale tra imprese.

Infine, bisogna prendere atto che, stante il carattere intrinsecamente multidisciplinare delle problematiche analizzate, è opportuno che il giurista si avvicini a uno studio multidisciplinare e che, inoltre, le altre discipline abbiano come interlocutori permanenti i giuristi. Solo questa interazione

²⁴⁷ Si ricordi che in tale settore per «etichetta riscalata» si considerava l'etichetta di un particolare gruppo di prodotti che ha subito un riscalaggio ed è distinguibile dalle etichette precedenti il riscalaggio pur mantenendo una coerenza visiva e percettibile con l'insieme delle etichette: art. 2 num. 21 Regolamento (UE) 2017/1369, cit. Si veda anche art. 11 Regolamento (UE) 2017/1369, cit.

può condurre alla predisposizione di una normativa consona. Alla luce di questo anche un adeguato coordinamento di tutte le normative e regolamenti qui trattati va preso in seria considerazione.

ABSTRACT

Acknowledging the importance at both international and national level regarding the ecological transition, climate change and the goals of the 2030 Agenda, the objective of this paper is to carry out some discussions in relation to the possible implementation of an environmental labelling related to food.

Considering the need that not only the environmental protection is a key factor, but also the consumer protection, the paper underlines the importance of not only providing true information to the consumer, but also that this information is understandable and not misleading. The experimental model implemented in France on environmental labelling of food will also help to make some critical reflections, which also require a multidisciplinary approach that cannot be limited to legal aspects alone.

KEYWORDS: Food Environmental Label; Consumer Behavior; Front of Pack Labelling; Climate Change; Information for the Consumer; Green Consumption - UN Agenda 2030.

Roberta Peleggi

*Misure di contrasto al reclutamento illecito di manodopera
nel settore agricolo tra pubblico e privato*

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il contrasto al reclutamento illecito nel settore agricolo nella cornice internazionale: il contributo dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro – 3. (*Segue*). I modelli di autoregolazione privata – 4. Il contrasto al reclutamento illecito nel contesto europeo: un quadro composito – 5. Il modello italiano: oltre la repressione penale – 6. Il contrasto al reclutamento illecito nel settore agricolo nel Regno Unito – 7. Brevi note conclusive.

1. *Introduzione*

Il dilagare di pratiche di sfruttamento nel mercato del lavoro, in special modo con riferimento alla manodopera cd. non qualificata, è una delle principali emergenze del nostro tempo.

Il fenomeno riflette le crescenti diseguaglianze socioeconomiche tra Stati a livello globale: interessa i Paesi alla periferia del mondo che producono merci destinate a essere esportate ma anche le economie più floride e con sistemi di protezione sociale più sviluppati verso cui si indirizzano i flussi migratori internazionali¹.

Un’ampia porzione di questi flussi, provenienti in special modo da regioni povere, da zone di conflitto² e da territori afflitti da cambiamenti climatici³, finisce nel bacino della irregolarità: secondo recenti stime dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL)⁴, su un totale di quasi 170 milioni di lavoratori migranti, almeno 60 milioni sono sprovvisti del

¹ Per un’efficace panoramica, cfr. il Rapporto della Banca Mondiale «*Migrations, Refugees and Societies*», pubblicato a fine aprile 2023.

² Basti pensare che, secondo le stime dell’Alto Commissariato per i Rifugiati, il solo conflitto russo-ucraino ha determinato circa 6 milioni di rifugiati dall’inizio delle ostilità.

³ Come si apprende dal XIX Rapporto sulle migrazioni 2023 della Fondazione ISMU, nel 2022 gli sfollamenti dovuti ai conflitti nell’area sub-sahariana sono stati più di 11 milioni, mentre quelli dovuti ai disastri climatici più di 7 milioni e mezzo.

⁴ International Labor Organization, ILOSTAT, <https://ilostat.ilo.org/topics/labour-migration/>.

titolo per entrare o rimanere nel territorio dello Stato di arrivo e il numero è destinato ad aumentare nei prossimi anni.

Quali che siano le motivazioni che spingono gli individui ad abbandonare il proprio Paese e le cause che determinano la loro condizione di irregolarità, quest'ultima è la ragione principale per cui una moltitudine di persone viene stretta in una morsa di bisogno e ricattabilità tale da rendere accettabili anche le condizioni di lavoro più degradanti, con la drammatica conseguenza di riportare le lancette del grado di sviluppo sociale di tutta la classe lavoratrice indietro di secoli⁵.

Non è peraltro sconosciuta la correlazione esistente tra l'indebolimento delle garanzie dei lavoratori e la feroce competizione sui mercati globalizzati, articolati in molti comparti secondo architetture complesse tenute insieme da vincoli societari e/o contrattuali, conosciute come catene globali del valore (*global value chains*)⁶.

Strategie commerciali agguerrite da parte dei grandi gruppi che controllano le filiere forzano la produzione entro tempi e modalità⁷ che esigono una disponibilità flessibile e intermittente di forza lavoro, la cui remunerazione costituisce la principale – se non l'unica – leva per abbassare i costi e aumentare i margini di profitto⁸. Dunque, una forza lavoro *on demand*, la cui ricerca (e il cui impiego) si appalta o si subappalta a terzi in un processo a cascata, dai contorni spesso opachi quando non del tutto illegali, che favorisce la dispersione delle responsabilità.

A precludere alle pratiche di abuso, se non addirittura al lavoro forzato⁹,

⁵ A. BARBA, M. PIVETTI, *Il lavoro importato – Immigrazioni, Salari e Stato sociale*, Melteni, Milano 2019.

⁶ Cfr., *ex multis*, R. BALDWIN, *Global Supply Chains: Why They Emerged, Why They Matter, and Where They are Going*, CEPR Discussion Paper, no. 9103, Paris & London 2012. Per le dinamiche di governo delle catene globali del valore, con particolare attenzione al profilo delle relazioni di potere asimmetriche tra gli attori che vi partecipano, G. GEREFFI *et al.*, *The Governance of Global Value Chains*, in *Review of International Political Economy*, 2005, p. 78 ss.; e, più di recente, G. GEREFFI, *Global Value Chains in a Post-Washington Consensus World*, in *Review of International Political Economy*, 2013, p. 9 ss.

⁷ Basti pensare alle nuove collezioni che ogni due-tre mesi compaiono nelle grandi catene di abbigliamento.

⁸ Tra i contributi più recenti su questi temi, M. MURGO, *Global Value Chains e diritto del lavoro: problemi e prospettive*, Wolters Kluwer, Padova 2021; V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Giappichelli, Torino 2020; V. BORGHI, L. DORIGATTI, I. GRECO, *Il lavoro e le catene globali del lavoro*, Ediesse, Roma 2017.

⁹ Per lavoro forzato, secondo la Convenzione n. 29 dell'OIL sul lavoro forzato (1930), deve intendersi «ogni lavoro o servizio estorto a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente». Tuttavia, in tale nozione devono intendersi ricomprese anche le ipotesi in cui vi sia trattenimento del salario o il

è infatti spesso l'ingaggio irregolare da parte di un soggetto che, in cambio della propria intermediazione, pretende una quota del salario spettante al lavoratore. In modo allarmante, questa pratica – che noi chiamiamo caporalato – si è estesa ben oltre il classico comparto agricolo, interessando l'edilizia, la logistica, il settore manifatturiero, i servizi di pulizia e di cura, il turismo e, più di recente, il volantinaggio¹⁰ e il lavoro su piattaforma¹¹.

Tuttavia, in ragione delle proporzioni della manodopera coinvolta e delle specificità dell'attività (stagionalità del lavoro, deperibilità dei prodotti, dipendenza dai fattori climatici e necessità di *compliance* con stringenti requisiti di qualità), è il lavoro nel settore primario dell'economia quello cui il fenomeno dell'intermediazione illecita – quale tipicamente prodromico a quello dello sfruttamento – appare più drammatico e difficile da eradicare.

La presente analisi si concentrerà dunque su questo ambito – molto esplorato dalla nostra dottrina negli ultimi anni, benché poco in ottica comparatistica – nella prospettiva, che questo Convegno ha inteso valorizzare, della dialettica tra l'agire pubblico e l'agire dei soggetti privati. Una dialettica che qui assume i contorni di una (necessaria) collaborazione e cooperazione: solo lo sforzo integrato e congiunto di tutti gli attori coinvolti può infatti aspirare a rappresentare un argine contro questi gravissimi fenomeni di sfruttamento.

A tal fine, dopo aver ricostruito, seppur nei tratti essenziali, la cornice internazionale, prendendo in esame il contributo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro e dei modelli di autoregolazione privati e poi soffermandosi sui principali interventi normativi di matrice europea, si porterà l'attenzione su due esperienze statali, quella italiana e quella inglese in quanto esempi storicamente differenti di approccio al fenomeno.

lavoro sia prestato sotto il vincolo della restituzione di un debito o la minaccia di denuncia del lavoratore alle autorità.

¹⁰ È il settore del volantinaggio quello coinvolto nella recente inchiesta della Procura di Novara che è stata definita dagli stessi inquirenti come la prima indagine sul caporalato in ambiente urbano: cfr. C. RUGGIERO, *L'Italia del caporalato urbano*, Collettiva, febbraio 2022.

¹¹ Per approfondimenti sul tema, cfr. C. INVERSI, *Caporalato digitale: il caso Uber Italy srl*, in *Lavoro e Diritto*, 2021, 335 ss.; F. TOMASINELLI, *La tutela penale dei riders tra gig-economy e caporalato digitale*, in *Rivista penale*, 2020, p. 863 ss.

2. *Il contrasto al reclutamento illecito nel settore agricolo nella cornice internazionale: il contributo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro*

Anche nell'ottica di favorire il mantenimento di relazioni pacifiche durature tra le nazioni, la difesa del lavoro contro la sua mercificazione e la lotta allo sfruttamento sono da sempre temi al centro dell'impegno e dell'azione della più antica agenzia specializzata delle Nazioni Unite, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL).

Specialmente alla luce delle trasformazioni indotte dalla globalizzazione economica, nella cornice della cd. *decent work agenda* – e quindi della lotta al lavoro povero e alle disuguaglianze sociali come parte del suo mandato – l'Organizzazione non ha trascurato di prestare attenzione alle dinamiche del reclutamento.

È in questo contesto che si inseriscono i Principi generali e Linee guida per il reclutamento equo, pubblicati nel 2016, che mirano – anche attraverso la cd. Iniziativa sul reclutamento equo e le relativa Strategia, messa a punto periodicamente dall'Organizzazione di concerto con le istituzioni e le parti sociali¹² – a orientare le azioni dei governi, dei datori di lavoro e dei soggetti (pubblici o privati) che operano come reclutatori di manodopera, nel senso di garantire il rispetto dei diritti umani, la trasparenza delle condizioni di impiego, l'osservanza delle norme di legge in tema di immigrazione e l'assenza di pratiche fraudolente a danno dei lavoratori, soprattutto migranti.

Espliciti obblighi per gli Stati relativamente alla fase del reclutamento discendono, d'altra parte, da atti vincolanti dell'OIL. In considerazione della rilevanza che il controllo su tale fase assume ai fini del contrasto al lavoro forzato, l'art. 2, lett. d), del Protocollo addizionale del 2014 relativo alla Convenzione n. 29 sul lavoro forzato¹³ prevede che «le misure da prendere per prevenire il lavoro forzato o obbligatorio devono comprendere: la protezione delle persone, in particolare dei lavoratori migranti, contro eventuali pratiche abusive o fraudolente durante il processo di reclutamento e di collocamento».

Non è superfluo evidenziare che la Convenzione n. 29 sul lavoro forzato è una delle otto convenzioni che definiscono i cd. *core labor standards*¹⁴,

¹² Maggiori dettagli sull'Iniziativa sul reclutamento equo e sulla relativa Strategia per gli anni 2021-2025 sono disponibili all'indirizzo https://www.ilo.org/rome/pubblicazioni/WCMS_779499/lang--it/index.htm.

¹³ C29 - Convenzione sul lavoro forzato (1930) entrata in vigore il 1° maggio 1932.

¹⁴ I *core labor standards* attengono alla libertà sindacale e al diritto di contrattazione

cioè quei diritti sociali fondamentali che, in ragione della loro natura di diritti umani¹⁵ e della loro funzione ‘abilitante’, la stessa Organizzazione ha reso prioritari e vincolanti a prescindere dalla ratifica dei testi in cui sono espressi e dal livello di sviluppo socioeconomico degli Stati destinatari¹⁶.

Non può, infatti, passare inosservato che i trattati internazionali che intendono offrire specifica tutela ai lavoratori del settore agricolo hanno incontrato forti resistenze da parte degli Stati in fase di ratifica, specialmente da parte di quelli che costituiscono punti di arrivo dei flussi migratori. Si pensi alla Convenzione n. 184 sulla sicurezza e la salute in agricoltura (ratificata solo da ventuno Paesi, tra cui purtroppo non è ancora possibile annoverare l’Italia)¹⁷ e alla Convenzione n. 129 sull’ispezione del lavoro in agricoltura¹⁸, ma anche alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie (che non vede nessun Paese europeo tra gli Stati aderenti)¹⁹.

collettiva, alla lotta al lavoro forzato, al lavoro infantile e alle discriminazioni di impiego e salariali: cfr., sul tema, M. BORZAGA, M. MAZZETTI, *Core labour standards and decent work: un bilancio delle più recenti strategie dell’OIL*, in *Lavoro e Diritto*, 2019, p. 447 ss.

¹⁵ Sulle implicazioni del passaggio dai *labor standards* agli *human rights at work*, J.R. BELLACE, *Human Rights at Work: The Need for Definitional Coherence in the Global Governance System*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2014, pp. 175-198.

¹⁶ Cfr. “Dichiarazione dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro e suoi seguiti” (18 giugno 1998). Sull’importanza della Dichiarazione per rilanciare il ruolo della Organizzazione quale presidio contro la svalutazione del lavoro indotta dal processo dell’iper-globalizzazione economica, cfr. A. PERULLI, *L’OIL e la globalizzazione*, in *Lavoro e Diritto*, 2019, p. 387 ss.; per il suo inquadramento quale esempio di riflessività giuridica o autopoiesi, cfr. R. ROGOWSKI, *The Emergence of Reflexive Global Labour Law*, in *Industrielle Beziehungen /The German Journal of Industrial Relations*, 2015, pp. 72 ss.; per la critica secondo cui l’individuazione di *core labor standards*, spinta dall’agenda politica neolibera statunitense, avrebbe comportato un arretramento delle tutele del lavoro, cfr. P. ALSTON, *‘Core Labor Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 457 ss.

¹⁷ Convenzione OIL sulla salute e la sicurezza in agricoltura (C184), adottata il 21 giugno 2001 ed entrata in vigore il 20 settembre 2003.

¹⁸ Convenzione OIL sull’ispezione del lavoro in agricoltura (C129), entrata in vigore il 12 gennaio 1972. La Convenzione, che è una delle principali convenzioni di governance dirette a rafforzare l’implementazione dei diritti sociali di natura sostanziale, è stata ratificata da 56 Paesi.

¹⁹ Adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 45/158 del 18 dicembre 1990, la Convenzione è entrata in vigore il 1° luglio 2003 e vanta attualmente 52 Stati aderenti. Nel testo convenzionale trovano riconoscimento il principio della parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sociale tra lavoratori migranti e lavoratori domestici. Inoltre, si stabilisce che gli Stati parte dovranno collaborare al fine di

Resta tuttavia il fatto che l'Organizzazione non dispone di strumenti di *enforcement* efficaci per costringere gli Stati a rispettare gli obblighi che abbiano volontariamente assunto o cui si ritenga debbano comunque ottemperare²⁰. Di qui, allora, l'utilità che possono assumere, quale strumento di promozione dei diritti sociali minimi, le cd. clausole sociali, inserite sempre più spesso nei trattati commerciali bilaterali così come negli accordi di integrazione economica regionale²¹ per finalità che esorbitano dalla mera logica della tutela della concorrenza²². Se è vero che nei trattati meno recenti l'obbligo assunto consiste(va) nel rispetto delle prescrizioni in materia di lavoro dettate dal Paese firmatario, indipendentemente dal livello di tutela che questo garantisce, al contrario le clausole inserite in accordi come, ad esempio, lo *US-Mexico-Canada Agreement* (UMSCA), che dal 2020 ha sostituito il *North Free Trade Agreement* (NAFTA)²³, prevedono l'assunzione di obblighi più penetranti e meccanismi di *enforcement* più efficaci²⁴, come la possibilità di comminare sanzioni commerciali nel caso

prevenire ed eliminare movimenti illegali o clandestini, nonché adottare le misure adeguate ed efficaci per contrastare l'occupazione di lavoratori in situazione irregolare.

²⁰ Cfr. M. PERTILE, *La crisi del sistema di supervisione dell'OIL nel suo contesto: il timore è fondato ma agitarsi non serve a nulla*, in «Lavoro e Diritto», 2019; S. BORRELLI, S. CAPPUCCIO, *Chi monitora e come? Appunti sui meccanismi di supervisione dell'OIL*, in *Lavoro e Diritto*, 2019, p. 513 ss.

²¹ Cfr. G. GRASSELLI, J. SUDA, A.L. THOMAS, *Social Clauses in Trade Agreements: Implications and Action Points for the Private Sector in Developing Countries*, Graduate Institute of International and Development Studies, Centre for Trade and Economic Integration, Geneva, 20 gennaio 2021, consultabile al sito <https://repository.graduateinstitute.ch/record/298883>; F. PANTANO, R. SALOMONE, *Tra Free trade e protezionismo: l'importanza del sistema OIL nel nuovo ordine giuridico globale*, in *Lavoro e Diritto*, 2019, p. 535 ss.

²² È qui il caso di ricordare che i Paesi in via di sviluppo si sono sempre opposti all'inclusione di norme relative alle questioni legate al lavoro all'interno dell'architettura dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, riconoscendo nell'OIL l'unica organizzazione internazionale competente: cfr. M.R. MAURO, *Commercio internazionale e tutela dei diritti dei lavoratori: alla ricerca di una globalizzazione sostenibile*, in *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 2021, p. 372 ss.; T. TREU, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali dei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, in *Stato e mercato*, 2017, p. 7 ss.

²³ Cfr. il capitolo 23 dell'*US-Mexico-Canada Agreement* (UMSCA) siglato tra Stati Uniti, Canada e Messico.

²⁴ Considerazioni puntuali anche in ordine alla sopravvivenza di alcuni profili di criticità, in particolare con riferimento agli accordi siglati dall'Unione europea, si possono leggere in MAURO, *Commercio internazionale e tutela dei diritti dei lavoratori: alla ricerca di una globalizzazione sostenibile*, cit., p. 381 ss.; sul tema anche J. HARRISON, M. BARBU, L. CAMPLING, B. RICHARDSON, A. SMITH, *Governing Labour Standards through Free Trade Agreements: Limits of the European Union's Trade and Sustainable Development Chapters*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, p. 260 ss.

di violazioni oppure vietare l'importazione di prodotti cd. *tainted*, nel senso di derivanti dal lavoro forzato²⁵.

3. (Segue): *I modelli di autoregolazione privata*

Sotto il diverso profilo del contributo che i soggetti economici privati sono chiamati a svolgere nell'implementazione dei *global labor standards*, e quindi sotto il profilo del coinvolgimento delle imprese nel contrasto alle pratiche illecite di reclutamento, è certamente il caso di ricordare che i *core labor standards* sono richiamati e incorporati nei codici di condotta²⁶ che si indirizzano ai grandi gruppi operanti nel settore agricolo a livello mondiale²⁷ e che sono stati promossi dalle più importanti organizzazioni cd. *multi-stakeholder* con funzione sia di *standard setting*²⁸ (*Fair Labor Association*²⁹ ed *Ethical Trading Initiative*³⁰) sia di certificazione (*Global GAP*³¹).

In particolare, all'interno dei *Workplace Code of Conduct and Compliance Benchmarks* sviluppati dalla *Fair Labor Association* è previsto il divieto per

²⁵ Per maggiori riferimenti al contesto europeo, v. *infra* § IV.

²⁶ Com'è noto, i codici di condotta rappresentano una delle principali concretizzazioni della cd. responsabilità sociale di impresa. Per un'efficace ricostruzione dell'emergere di questa categoria e degli sviluppi normativi più recenti, in particolare con riferimento alla proposta di Direttiva europea n. 2022/0051 relativa al dovere di diligenza delle (grandi) imprese ai fini della sostenibilità, cfr. M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contratto e Impresa*, 2023, p. 54 ss.

²⁷ Per una panoramica sui codici etici sviluppati nel settore dell'industria tessile e della moda, cfr. B. Pozzo, *Sustainable Fashion... Italian Style!*, in *The Italian Law Journal*, 2023, p. 263 ss.

²⁸ Trattasi, cioè, di associazioni private la cui attività si basa sul coinvolgimento di imprese, ONG, e talvolta rappresentanti di governo ai fini dello sviluppo di un metodo di lavoro inclusivo: per un'analisi del tema cfr. L. FRANSEN, A. KOLK, *Global Rule-Setting for Business: A Critical Analysis of Multi-Stakeholder Standards*, in *Organization*, 2007, pp. 667 ss. [<https://ssrn.com/abstract=1021732>].

²⁹ La *Fair Labor Association* è un'associazione no-profit che coinvolge imprese, università e società civile, il cui obiettivo è il miglioramento delle condizioni di lavoro nel mondo.

³⁰ Vi aderiscono, tra altre, Anti-Slavery International, Homeworkers Worldwide, Oxfam, CAFOD, Banana Link, Save the Children. L'ETI opera sotto la direzione di un Board of Directors composto da rappresentanti delle imprese, dei sindacati e delle ONG.

³¹ Global GAP è il più importante ente certificatore operante nel settore agricolo e dal 2020, con l'aggiunta del nuovo modulo «GRASP», provvede alla certificazione delle imprese anche con riferimento al rispetto degli obblighi internazionali in materia di lavoro.

le imprese agricole, anche se informali, di avvalersi, ai fini del reclutamento della manodopera, di intermediari che tengano comportamenti abusivi e fraudolenti come, ad esempio, usare false informazioni, sequestrare documenti personali, limitare la libertà di movimento e trattenere una parte del salario del lavoratore³².

Sono tuttavia noti i dubbi circa la capacità di queste forme di autoregolazione di imprimere un reale avanzamento delle tutele dei lavoratori, anche quando - come nell'esempio in discorso - si 'aprono all'esterno' mediante il coinvolgimento di soggetti estranei all'impresa e l'adesione venga richiesta anche da parte di fornitori e sub-fornitori³³, giacché i lavoratori (o le loro rappresentanze) rimangono il più delle volte esclusi all'elaborazione degli standard e dai meccanismi di monitoraggio e di *enforcement*³⁴.

Da questo punto di vista, un modello alternativo e più efficace è rappresentato dai cd. *worker-driven social responsibility agreements*³⁵, accordi vincolanti tra lavoratori e grandi *corporation* che inglobano i principi individuati dalle Convenzioni OIL e di cui il settore agricolo offre un esempio eloquente con il *Fair Food Program*, una *worker-led initiative*³⁶ avviata con tenacia e successo dai braccianti delle piantagioni di pomodoro della Florida aderenti alla *Coalition of Immakolee Workers*³⁷, cui hanno aderito

³² Cfr. *Workplace Code of Conduct and Compliance Benchmarks – Agricultural Sector. Section G, E.R. 4.*

³³ Cfr., tra altri, S. SCARPONI, *La "privatizzazione" delle norme internazionali di tutela del lavoro: codici etici di responsabilità sociale, accordi sindacali internazionali*, in *Lavoro e Diritto*, 2009, p. 403 ss.; con specifico riferimento al settore dell'abbigliamento, J.C. STROEHLE, *The Enforcement of Diverse Labour Standards Through Private Governance*, in *European Review of Labour and Research*, 2017, p. 475 ss.; sull'argomento anche S. BARRIENTOS, S. SMITH, *Do Workers Benefit from Ethical Trade? Assessing Codes of Labour Practice in Global Production Systems*, in *Third World Quarterly*, 2007, p. 713 ss.

³⁴ Cfr. A. SOBZAK, *Codes of Conduct in Subcontracting Networks: A Labour Law Perspective*, in *Journal of Business Ethics*, 2003, p. 225 ss.

³⁵ A. GLADSTONE, *Worker Driven Social Responsibility Agreements: A New Future in Labor Rights Protections*, in *Fordham International Law Journal*, 2020, p. 549 ss.

³⁶ Il *Fair Food Program* (FFP) è un «*industry-wide social responsibility program*» che coinvolge agricoltori, lavoratori agricoli e grandi marchi della distribuzione e della ristorazione. Una delle caratteristiche del Programma è che ogni società paga un premio su ogni chilo di prodotti acquistati dai coltivatori partecipanti («a penny per pound»), che deve essere trasferito ai lavoratori dell'azienda agricola come bonus e a compensazione della pressione al ribasso sui salari causata dall'enorme potere d'acquisto dei grandi gruppi, ma che serve anche a finanziare il funzionamento del Programma: cfr. F. MIERES – S. McGRATH, *Ripe to Be Heard: Worker Voice in the Fair Food Program*, in *International Labor Review*, 2021, p. 631 ss.

³⁷ La *Coalition of Immakolee Workers* è un'organizzazione privata che lotta per i diritti umani, nata agli inizi degli anni Novanta del secolo scorso per combattere le dure condizioni di lavoro dei braccianti impiegati nell'industria del pomodoro della Florida, che possono essere fatte

anche imprese al di fuori degli Stati Uniti e che ha ispirato l'*Accord on Fire and Building Safety* seguito al crollo del *Rana Plaza* in Bangladesh nel 2013.

Presupposto dei *worker-driven social responsibility agreements* sono la partecipazione dei lavoratori alla definizione degli standard³⁸, la previsione di procedure di monitoraggio rigorose e condotte da soggetti indipendenti, un sistema che agevola le denunce da parte dei lavoratori anche attraverso programmi di formazione ed *empowerment*, nonché la previsione di sanzioni efficaci nei confronti delle imprese agricole che violino i diritti dei lavoratori³⁹.

4. *Il contrasto al reclutamento illecito e allo sfruttamento nel contesto europeo: un quadro composito*

Sono vari, nel contesto europeo, gli interventi normativi cui può ricollegarsi una finalità di contrasto al reclutamento illecito e alle pratiche di sfruttamento del lavoro.

Potendo qui fornire, per ragioni di economia della trattazione, solo alcuni cenni ai principali provvedimenti – e con un focus particolare

risalire già all'epoca coloniale e che furono aggravate dall'esclusione dei lavoratori agricoli, sostanzialmente per ragioni di discriminazione razziale, da molte delle tutele introdotte nel periodo del New Deal, tra cui il diritto alla contrattazione collettiva (cfr. M. LINDER, *Farm Workers and the Fair Labor Standards Act: Racial Discrimination in the New Deal*, in *Texas Law Review*, 1987, p. 1335 ss.). Uno dei momenti più significativi della lotta della *Coalition* è stata l'operazione di boicottaggio del gruppo Taco Bell al principio degli anni Duemila: cfr. G. ASBED, S. HITOV, *Preventing Forced Labor in Corporate Supply Chains: The Fair Food Program and Worker-Driven Social Responsibility*, in *Wake Forest Law Review*, 2017, p. 497 ss.

³⁸ Un avanzamento degli standard dovuto al coinvolgimento dei lavoratori è ad esempio rappresentato dal divieto di considerare un secchio di pomodori pieno solo se è colmo oltre l'orlo (ed assume, quindi, la forma di un cono). Non sorprende che, prima che il *Fair Food Program* stabilisse tale standard, vi era disaccordo tra imprenditori agricoli e braccianti su cosa dovesse intendersi per 'secchio pieno', e le ragioni dei lavoratori possono facilmente comprendersi se si ragiona sul fatto che un secchio 'a coppa' contiene circa il 10 per cento in più di pomodori rispetto a un secchio che non lo è, con la conseguenza che i lavoratori non vengono pagati per il 10 per cento del lavoro che hanno svolto (cfr. ASBED, HITOV, *Preventing Forced Labor*, cit., p. 590).

³⁹ Il Codice di condotta sviluppato dal *Fair Food Program* prevede che gli imprenditori agricoli che abbiano violato i diritti dei lavoratori vengano sospesi dal Programma (dopo avere avuto il tempo per introdurre eventuali piani correttivi), con il contestuale divieto per i grandi marchi di rifornirsi da loro. In questo modo, il potere di mercato dei marchi al vertice delle filiere viene usato per fare pressione sui coltivatori affinché tutelino effettivamente i braccianti (cfr. ASBED, HITOV, *Preventing Forced Labor*, cit., p. 514 ss).

sull'attuazione in Italia –, si può osservare come alle politiche in tema di sicurezza, in chiave repressivo-dissuasiva, sia da ricondurre la Direttiva 2009/52/CE⁴⁰, che ha previsto il divieto generale di assunzione di cittadini extracomunitari non autorizzati a soggiornare nel territorio dell'Unione. L'attuazione in Italia mediante la cd. legge Rosarno (che prende nome dalle azioni di rivendicazione compiute dai braccianti agricoli nel comune calabrese nel 2010)⁴¹, pur lasciando alcuni profili inattuati, ha consentito di inasprire le sanzioni penali già esistenti, aggiungendo la possibilità per il datore di lavoro di essere condannato a pagare le spese per il rimpatrio del lavoratore migrante. A favore di quest'ultimo, la legge ha altresì previsto il rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari, subordinato al fatto che il lavoratore proceda alla denuncia del datore di lavoro e cooperi nel procedimento penale⁴².

È invece da ricollegare alle politiche di gestione dei flussi migratori la Direttiva 2014/36/UE⁴³, volta ad assicurare condizioni di vita e di lavoro dignitose e parità di trattamento per i cittadini di Paesi terzi che si rechino in uno Stato dell'Unione per lo svolgimento di un'attività stagionale. La Direttiva, per quanto qui più rileva, obbliga gli Stati a introdurre misure che garantiscano al lavoratore di usufruire anche di un alloggio adeguato durante la propria permanenza nel territorio di uno Stato membro⁴⁴: a questo proposito non sorprende dunque che contro l'Italia, tristemente afflitta dal fenomeno della “ghettizzazione” dei lavoratori migranti⁴⁵, sia stata avviata nell'aprile 2023 una procedura di infrazione per il mancato adempimento degli obblighi che discendono dalla sopracitata Direttiva.

Occorre poi dare conto di alcuni recenti sviluppi nel quadro europeo che chiamano in causa il ruolo degli operatori economici. Innanzitutto, l'introduzione della condizionalità sociale nell'ambito della nuova Politica Agricola Comune (PAC 2023-2027), ovvero la possibilità di sanzionare quei produttori agricoli destinatari di aiuti economici di matrice europea

⁴⁰ Direttiva 2009/52/CE55 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, recante “norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare”.

⁴¹ D. lgs. 16 luglio 2012, n. 109 (GU n.172 del 25-07-2012).

⁴² Cfr., tra altri, M. BARBIERI, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 2010, p. 99 ss.

⁴³ Direttiva 2014/36/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali (GU del 28.03.2014 n. L 94/375), attuata In Italia con il d. lgs. 203/2016 (GU Serie Generale n.262 del 09-11-2016).

⁴⁴ Cfr. art. 20 Direttiva.

⁴⁵ V. *infra* § V.

che non rispettino le norme a tutela del lavoro. Se certamente si tratta di un importante passo in avanti nella promozione dei diritti sociali, d'altro canto non possono trascurarsi alcune criticità, tra cui la portata relativamente limitata della condizionalità, laddove si è scelto di riferirla agli obblighi scaturenti solo da un numero limitato di provvedimenti di fonte unionale (e dalle relative regole attuative⁴⁶), nonché la subordinazione del successo del nuovo strumento all'incisività dei meccanismi ispettivi predisposti dai singoli Stati membri, a cui peraltro compete anche di determinare l'entità delle decurtazioni applicabili alle imprese inadempienti secondi i criteri di efficacia e proporzionalità⁴⁷. Per quanto riguarda l'Italia, è comunque da salutare favorevolmente la scelta di dare attuazione alla condizionalità sociale sin dal 2023, cioè con due anni di anticipo rispetto all'entrata in vigore obbligatoria per tutti gli Stati membri⁴⁸.

Al contrasto all'irregolarità lavorativa nel settore agricolo intende anche contribuire la Direttiva sulle pratiche commerciali sleali nella filiera agroalimentare⁴⁹, volta a favorire un riequilibrio nella distribuzione del

⁴⁶ Trattasi delle direttive indicate nell'Allegato IV del Regolamento (UE) n. 2021/2115 sui Piani strategici della PAC, e specificamente: la Direttiva 89/391/CEE sulle misure volte a incoraggiare il miglioramento della salute e della sicurezza dei lavoratori; la Direttiva 2009/104/CE sui requisiti minimi di sicurezza e salute per l'uso delle attrezzature di lavoro da parte dei lavoratori; la Direttiva 2019/1152/UE relativa a condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili. Durante l'iter di elaborazione del Regolamento, il Parlamento europeo aveva invero proposto di formulare il contenuto degli obblighi in modo tale da ricomprendervi quelli scaturenti da tutti i contratti collettivi e dalla legislazione nazionale, unionale e internazionale; tuttavia, il testo definitivo appare molto meno ambizioso, seppure non possa disconoscersi una certa rilevanza delle norme richiamate ai fini di garantire maggiore sicurezza e tutele per i lavoratori agricoli (cfr, in questo senso, I. CANFORA, V. LECCESE, *La condizionalità sociale nella nuova PAC (nel quadro dello sviluppo sostenibile dell'agricoltura)*, in Biblioteca '20 Maggio' – 2/2022, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0287_IT.html (p. 79 ss.). Inoltre, vi è da segnalare la scelta presa dal legislatore italiano di sospendere l'erogazione dei sussidi quando venga disposto il sequestro preventivo dell'azienda a seguito di condanna per il reato di caporalato.

⁴⁷ È stato giustamente osservato come la PAC abbia previsto solo la possibilità di decurtazioni e non anche la totale esclusione dal beneficio quale sanzione e non abbia predisposto meccanismi di risarcimento per i lavoratori interessati dalle violazioni: cfr. C. INVERSI, *Un lavoro di qualità per filiere agricole sostenibili: strumenti contrattuali e di regolazione*, in *Lavoro sfruttato e caporalato: una road map per la prevenzione*, a cura di O. BONARDI, L. CAFALÀ, S. ELSÉN, R. SALOMONE, Il Mulino, Bologna 2023, p. 201 ss.

⁴⁸ Cfr. art. 1 Decreto interministeriale n. 664304 del 28 dicembre 2022 (*Disciplina del regime di condizionalità sociale*).

⁴⁹ Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare.

valore lungo la catena, cercando di assicurare quella giusta remunerazione – rivendicata dai produttori europei con le loro proteste proprio nei giorni in cui si licenzia questo contributo – che costituisce la condizione imprescindibile affinché si possa arginare il ricorso sistematico a pratiche di sfruttamento⁵⁰.

Sebbene l'intervento del legislatore comunitario, improntato all'armonizzazione minima, non tocchi direttamente le questioni legate al lavoro⁵¹ e in vari Paesi membri già preesistesse una regolamentazione dei rapporti di filiera per taluni aspetti più protettiva⁵², il recepimento della Direttiva ha comunque determinato degli avanzamenti nelle tutele degli agricoltori che possono ricadere positivamente anche sulle condizioni del lavoro: per l'Italia, è il caso dell'introduzione del divieto delle aste a doppio ribasso e delle vendite sottocosto⁵³.

Infine, è utile ricordare la presentazione, nel settembre 2022, di una proposta di Regolamento europeo diretta a vietare l'immissione nel mercato interno di prodotti ottenuti con il lavoro forzato⁵⁴. Scopo della proposta è di assicurare misure più efficaci e uniformi di *enforcement* per la tutela dei diritti dei lavoratori nelle catene di fornitura, andando ad aggiungersi, in modo particolare, alla proposta di direttiva sulla Due Diligence⁵⁵.

⁵⁰ R. PETTINELLI, *Filiera agroalimentare, caporalato e pratiche commerciali sleali*, in *Lavoro e Diritto*, 2022, p. 179 ss. (p. 193 ss.)

⁵¹ I. CANFORA, V. LECCESE, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2022, p. 135 ss.

⁵² Cfr. A.M. MANCALEONI, *Introduction: Directive (EU) 2019/633 as a Piece in the Puzzle of the Agri-food Market Regulation*, in M. MANCALEONI, R. TORINO (eds.), *Agri-food Market Regulation and Contractual Relationships in the Light of Directive (EU) 2019/633*, RomaTre Press, Roma 2023, p. 3 ss. (spec. p. 9 ss.)

⁵³ A dare attuazione alla Direttiva in Italia è stato il d. lgs. 198/2021, che si è aggiunto alle tutele già previste dall'art. 62 d.l. 1/2012. Per un commento della nuova disciplina, A. JANNARELLI, *The Implementation of Directive no. 633 of 2019 in the Italian Experience*, in A.M. MANCALEONI, R. TORINO (eds.), *Agri-food Market Regulation*, cit., p. 249 ss.; I. CANFORA, V. LECCESE, *Pratiche sleali, equilibrio del valore e legalità dei rapporti di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2022, p. 135 ss.

⁵⁴ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che vieta i prodotti ottenuti con il lavoro forzato sul mercato dell'Unione (COM(2022) 453 final). Una volta approvata nel testo definitivo, dovrebbe entrare in vigore nel 2025 o nel 2026.

⁵⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 (COM(2022) 71 final).

5. *Il modello italiano: oltre la repressione penale*

In Italia, quella del caporalato agricolo è una pratica risalente nel tempo ma nient'affatto scomparsa⁵⁶; anche se il fenomeno come lo conosciamo oggi è molto diverso da come si presentava nel secolo scorso⁵⁷.

Complici lo spezzarsi del vincolo comunitario tra lavoratori e caporale e le trasformazioni che hanno riguardato la composizione della manodopera agricola, con l'andare del tempo il caporalato ha progressivamente assunto i tratti di particolare violenza e crudeltà, prossima a forme di neoschiavismo⁵⁸, di cui sono il più delle volte vittime braccianti stranieri⁵⁹ - e in misura crescente donne⁶⁰, vittime di sfruttamento, intollerabili ricatti, violenze e discriminazioni multiple⁶¹ -, in un intreccio perverso tra

⁵⁶ Se già a metà del Seicento si ricorreva a figure di intermediari simili ai caporali per l'organizzazione di migrazioni stagionali interne, l'affermarsi delle colture del riso e della vite nella seconda metà dell'Ottocento fu determinante per la diffusione del fenomeno. Infatti, il primo intervento di contrasto al caporalato si deve alla legge sulla risicoltura del 1907, adottata anche grazie alle astensioni collettive dal lavoro da parte delle mondine, che, oltre alle prescrizioni igienico-sanitarie volte a regolamentare il lavoro nelle risaie, prevedeva anche il divieto per l'intermediario di appropriarsi del salario spettante al lavoratore: cfr. D. PERROTTA, *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, in *Meridiana*, 2014, n. 79, p. 193 ss.

⁵⁷ A. LEOGRANDE, *Il caporalato e le nuove schiavitù*, in *Parole-chiave*, 2016, p. 103 ss.

⁵⁸ Sul mutamento della fisionomia del caporalato nel settore agricolo, cfr., M. OMIZZOLO, *Sotto padrone: uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Roma 2020; ID., *Sfruttamento lavorativo e caporalato in Italia: la profughizzazione del lavoro in agricoltura e il caso dei braccianti indiani dell'Agro Pontino*, in *Costituzionalismo.it*, 2020, p. 1 ss.; L. PALMISANO, *Appunti per una sociologia dello sfruttamento in agricoltura*, in *Agricoltura senza caporalato*, a cura di F. DI MARZIO, Roma 2017, p. 17 ss.

⁵⁹ Migranti che di giorno lavorano nelle campagne infuocate dal sole, con paghe ben al di sotto dei livelli di sussistenza, e di notte popolano insediamenti informali creati a debita distanza dei centri abitati, che le risorse del PNRR promettono di trasformare in alloggi dignitosi. I fondi stanziati dal PNRR avrebbero in effetti l'obiettivo di cancellare definitivamente i cd. ghetti, ma la strada è irta di difficoltà, come mostra la vicenda di Borgo Mezzanone, dove, a seguito di numerose proteste, si è riusciti a ottenere la messa a disposizione di acqua potabile solo nel mese di agosto 2023.

⁶⁰ A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, si è assistito alla cd. femminilizzazione della manodopera agricola, con percentuali di irregolarità molto elevate: per alcuni dati recenti, cfr. A. ABBASCIANO, *Manodopera femminile in agricoltura. Prospettive di tutela*, in *Le donne in agricoltura. Imprese femminili e lavoratrici nel quadro normativo italiano e europeo*, a cura di I. CANFORA, V. LECCESE, Giappichelli, Torino 2023, p. 99 ss.

⁶¹ Cfr. M. D'ONGHIA, R. CLAVARELLA, *Donne migranti in agricoltura*, in *Le donne in agricoltura*, cit., p. 74 ss.; M.G. GIAMMARINARO, L. PALUMBO, *Le condizioni di lavoro e di vita delle lavoratrici agricole tra sfruttamento, violenza, diritti negati e forme di agency*, in *VI Rapporto su Agromafia e Caporalato*, cit., p. 63 ss.

globalizzazione e arcaicità⁶².

Endemicità del lavoro sommerso⁶³ favorita da scelte pubbliche inefficaci e farraginosità burocratiche⁶⁴, scarsa sindacalizzazione⁶⁵, politiche di ingresso e soggiorno restrittive e inadeguate⁶⁶, carenza di infrastrutture, soprattutto al Sud, infiltrazione delle organizzazioni criminali nella filiera (che traggono proventi finanche dal consumo, da parte dei braccianti, di sostanze stupefacenti per sopportare le estenuanti giornate di lavoro), sono i principali fattori che contribuiscono a rendere il caporalato e lo

⁶² A. LEOGRANDE, *Il caporalato e le nuove schiavitù*, in *Parole-chiave*, 2016.

⁶³ Secondo analisi recenti (cfr. C. DE GREGORIO, A. GIORDANO, *L'occupazione agricola fra regolarità e sommerso*, in *VI Rapporto su Agromafie e Caporalato*, a cura dell'Osservatorio FLAI-CGIL Placido Rizzotto, Futura, Roma 2022, p. 17 ss.) l'agricoltura continua ad essere uno dei settori in cui le proporzioni del lavoro irregolare, anche nelle forme del lavoro c.d. grigio, sono tra le più elevate su tutto il territorio nazionale: si parla di 230mila lavoratori impiegati senza contratto regolare, pari a oltre un quarto del totale degli occupati del settore. Inoltre, il lavoro agricolo è quello cui è maggiormente associabile il lavoro povero, in ragione della discontinuità dell'impiego: circa il 90 per cento degli occupati è infatti assunto con contratto a tempo determinato.

⁶⁴ Si pensi alla disciplina dell'indennità di disoccupazione involontaria, spettante ai lavoratori che siano stati impiegati per un numero di giornate tra le 50 e le 180, eccetto che se si tratti di lavoratori stagionali extracomunitari anche se muniti di regolare permesso di soggiorno. Tale disciplina produce effetti distorsivi: per un verso, le giornate di lavoro sono spesso attribuite a lavoratori fittizi (i cd. falsi braccianti) per consentire alle imprese di riscuotere l'indennità di disoccupazione anche se impiegano manodopera straniera; per altro verso, il lavoratore straniero non ha interesse a esigere da parte del datore di lavoro la denuncia dei giorni effettivamente lavorati in quanto non potrà beneficiare della prestazione: cfr. M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento del lavoro in agricoltura nella legge n. 199 del 2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2018, p. 16;

⁶⁵ Cfr. P. CAMPANELLA, V. PAPA, D. SCHIUMA, *Il ruolo delle relazioni sindacali nelle filiere agroalimentari*, in *Vite sottocosto. 2° Rapporto Presidio* (Caritas Italiana), a cura di P. Campanella, Aracne, Ariccia 2018, p. 363 ss.

⁶⁶ Basti rammentare che le domande di ingresso presentate sono in genere il triplo rispetto alla quota prestabilita dal governo (sul recente aumento delle quote per i lavoratori a tempo indeterminato, che però non ha riguardato il settore agricolo nonostante la destagionalizzazione di alcune colture, cfr. M. D'ONGHIA, C. DE MARTINO, *Lavoro e immigrazione: una nuova stagione nella regolamentazione dei flussi di ingresso?*, ADiM Blog, Editoriale, luglio 2023). Inoltre, è condivisa l'affermazione per cui la procedura di accesso per motivi di lavoro, basata sul circolo vizioso innescato dal fatto di costituire la previa esistenza di un contratto di lavoro il titolo per vedersi riconosciuto (anche in sede di rinnovo) il permesso di soggiorno nel nostro territorio (v. art. 5 bis T.U. Immigrazione), tende a favorire forme di intermediazione e reclutamento illeciti piuttosto che scongiurare la «irregolarità» (cfr., per tutti, C. SPINELLI, *Immigrazione e mercato del lavoro: lo sfruttamento dei migranti economici – Focus sul lavoro agricolo*, in *Rivista di diritto e sicurezza sociale*, 2020, p. 125 ss.)

sfruttamento del lavoro nel settore agricolo fenomeni endemici difficili da debellare nel nostro Paese⁶⁷.

Nel 2016 l'Italia si è dotata, quale principale dispositivo di contrasto, di una legislazione *ad hoc* - sostanzialmente un *unicum* - che trova il suo fulcro nella repressione penale⁶⁸, pur non trascurando la prospettiva della prevenzione. A tale legge si deve la riformulazione dell'art. 603-*bis* c.p., inserito per la prima volta nell'ordinamento italiano nel 2011, che ha portato all'individuazione di due ipotesi criminose distinte e autonome che consentono di punire sia l'interposizione illecita ad opera del reclutatore-caporale sia le condotte di sfruttamento da parte dei datori di lavoro⁶⁹. Lasciando da parte considerazioni più puntuali in merito alla fattispecie di reato, preme qui sottolineare che, anche grazie all'apparato repressivo messo a disposizione della magistratura⁷⁰ e alla recente intensificazione dei controlli ispettivi sul territorio⁷¹, sul fronte della repressione sono stati fatti dei passi in avanti⁷².

⁶⁷ Per una recente mappatura delle aree comunali, all'interno delle Regioni italiane, in cui il caporalato si manifesta con particolare problematicità, si veda *Geografia del Caporalato*, a cura dall'Osservatorio Placido Rizzotto FLAI-CGIL, Futura, Roma 2021.

⁶⁸ Legge 29 ottobre 2016, n. 199 (*Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni dl lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo*) (GU Serie Generale n. 257 del 03-11-2016). Per un'approfondita lettura della legge 199/2016 alla luce dei precetti costituzionali, cfr. C.F. FERRAJOLI, *Il reato di sfruttamento del lavoro*, in *Costituzionalismo.it*, 2023, p. 112 ss.

⁶⁹ Sulle ragioni che hanno condotta alla riscrittura della norma, G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del caporalato*, in *Diritto penale e processo*, 2018, p. 811 ss.; B. D'OTTAVIO, *Profili penali del reclutamento e dello sfruttamento di manodopera* (il c.d. caporalato), in *Lavoro Diritti Europa*, 2019, p. 1 ss.; L. TASCINI, *Caporalato e sfruttamento lavorativo in agricoltura*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, 2022, p. 613 ss.

⁷⁰ L'apparato repressivo predisposto dalla legge 199/2016 prevede infatti l'arresto obbligatorio in flagranza di reato, la confisca obbligatoria (anche per equivalente), il sequestro preventivo dell'azienda (salva la possibilità di disporre il controllo giudiziario per salvaguardare i livelli occupazionali o il valore economico del complesso aziendale), la responsabilità dell'ente.

⁷¹ D. DONATIELLO, V. MARTONE, V. MOISO, *La filiera agroalimentare tra sfruttamento e ecoreati. Evoluzione del fenomeno e prospettive di contrasto*, in *VI Rapporto su Agromafie e Caporalato*, cit., p. 31 ss. (p. 36 ss.)

⁷² Per una mappatura recente delle operazioni di maggior rilievo, si veda la Relazione annuale sullo stato di attuazione del "Piano Triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato". È opportuno a questo proposito ricordare che il delitto di caporalato è un delitto cd. sentinella di altre condotte criminose: estorsioni e pratiche usuarie imposte ai produttori locali, furto di macchinari nelle aziende agricole, forme di concorrenza sleale, corsa all'accaparramento di terreni per intercettare finanziamenti europei, controllo dei canali della grande distribuzione per finalità di

Al contrario, una presa piuttosto debole ha finora avuto la c.d. Rete del Lavoro Agricolo di Qualità, la principale misura di carattere promozionale della legalità prevista dal legislatore italiano con l'idea di "premiare" quelle realtà imprenditoriali che si distinguono per l'eticità della loro attività e che siano in grado di stimolare buone pratiche, dialogando con altri soggetti iscritti alla Rete⁷³. A questo proposito, i dati, infatti, attestano che l'adesione delle imprese è ancora molto limitata: poco più di 6000 imprese a quasi dieci anni dalla sua istituzione, su un totale di oltre un milione di aziende agricole rilevate dall'ultimo censimento ISTAT. Oltretutto, si osserva una grande disomogeneità territoriale: il numero di gran lunga più elevato di iscrizioni si registra in Puglia (in particolare nella provincia di Bari) e in Emilia-Romagna, cioè nelle due regioni in cui l'adesione è stata verosimilmente agevolata dalle scelte di approvvigionamento della GDO e dalla predisposizione di incentivi economici⁷⁴, mentre nelle restanti Regioni la presenza delle imprese iscritte alla Rete è assai poco significativa, con percentuali che oscillano tra il 6 per cento fino all'1 per cento⁷⁵.

Se dunque permangono dubbi sull'efficacia di questo strumento, anche riguardo allo schema accertativo dei requisiti per l'iscrizione⁷⁶, vale tuttavia la pena di evidenziare che il Piano Triennale sul caporalato – *i.e.*, la strategia ideata nell'ambito del Tavolo interistituzionale sul caporalato⁷⁷, che si deve

riciclaggio, smaltimento illecito di rifiuti.

⁷³ Alla Rete del Lavoro Agricolo di Qualità, posta sotto la supervisione dell'INPS, possono iscriversi gli imprenditori che non abbiano riportato condanne penali, che adempiano agli obblighi di legge in materia di lavoro e che applichino i contratti collettivi (nazionali, territoriali, aziendali) più rappresentativi (anche allo scopo di contrastare il dilagare dei cd. contratti pirata nel settore agricolo) (cfr. art. 8 l. n. 199/2016). L'iscrizione è tuttavia aperta anche agli sportelli unici per l'immigrazione, alle istituzioni locali, ai centri per l'impiego nonché ai soggetti abilitati al trasporto dei lavoratori agricoli nell'ottica di instaurare forme di organizzazione del lavoro efficienti: cfr. O. BONARDI, *Pubblico e privato nella regolazione del lavoro agricolo: attori, governance, risorse e condizionalità sociale*, in *Lavoro sfruttato e caporalato: una road map*, cit., pp. 169 ss.; G. DE ANGELIS, *La Rete del Lavoro agricolo di Qualità nel contrasto al caporalato: tra interesse pubblico e privato*, in *VI Rapporto su Agromafie e Caporalato*, cit., p. 93 ss.

⁷⁴ Cfr. C. SPINELLI, *Immigrazione e mercato del lavoro*, cit., p. 138 ss.

⁷⁵ In base agli ultimi dati disponibili, le imprese iscritte alla Rete sono così distribuite nelle restanti Regioni: Campania (9,9%), Sicilia (7%), Lazio (6,5%), Piemonte e Calabria (5,3%), Veneto (4,7%), Lombardia (4,6%), Toscana (2%), Abruzzo (2%), Basilicata (1,5%).

⁷⁶ R. PETTINELLI, *Filiera agroalimentare*, cit., p. 190 ss.; F. DE MICHIEL, *Prevenzione e contrasto dello sfruttamento lavorativo e del caporalato in agricoltura*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2023, p.12 ss.

⁷⁷ Il Tavolo Caporalato, presieduto dal Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali,

ricondere a quella Iniziativa sul Reclutamento equo promossa dall'OIL di cui si detto più sopra⁷⁸ – punta al rafforzamento di questo dispositivo nel futuro prossimo, in particolar modo attraverso l'introduzione di una certificazione etica che possa attrarre i consumatori più attenti alle implicazioni sociali della produzione⁷⁹.

In ultimo, si possono richiamare le iniziative di contrasto alle pratiche illecite di reclutamento che provengono da associazioni di lavoratori, produttori e Terzo settore, anche in stretta collaborazione con le organizzazioni sindacali e gli enti locali, volte a promuovere un'agricoltura sostenibile anche dal punto di vista sociale: le filiere commerciali alternative, che spesso intercettano i consumatori 'critici' dei Gruppi di acquisto solidale (GAS)⁸⁰; i progetti di formazione, inserimento lavorativo ed *empowerment* dei lavoratori e delle lavoratrici straniere⁸¹; le App dedicate a facilitare la fruizione di servizi di trasporto gratuito verso i campi⁸² e esperimenti musicali e concorsi letterari⁸³.

rappresenta l'organismo interistituzionale di indirizzo e coordinamento delle politiche di prevenzione e contrasto allo sfruttamento lavorativo e al caporalato nel settore agricolo. Le riunioni, come previsto dalla norma istitutiva (art. 25 quater D.L. del 23 ottobre 2018 n. 119, come convertito, con modificazioni, dalla legge del 17 dicembre 2018 n. 136), vedono la partecipazione delle Regioni, degli Enti locali (attraverso l'Associazione Nazionale Comuni Italiani ANCI), dei sindacati, dei rappresentanti dei datori di lavoro del settore e delle principali associazioni del Terzo Settore.

⁷⁸ Cfr. § II.

⁷⁹ Ulteriore misura è rappresentata dal potenziamento del sistema delle Sezioni territoriali della Rete, finora attivate in pochissime province (le uniche Regioni in cui sono state attivate sono Calabria, Campania, Lazio, Marche, Puglia, Sicilia e Toscana). Ancora una volta, più di un terzo di tutte le Sezioni esistenti insistono sul territorio pugliese. I territori dove le sezioni sono state costituite sono quelle in cui l'iniziativa è stata assunta dai Prefetti o, come nel caso del Lazio, dall'Amministrazione regionale, che hanno sensibilizzato le parti sociali.

⁸⁰ Sfruttazero nel settore del pomodoro, Barikamà, Contadinazioni, SOS Rosarno, Barkafoo, Sicilia Integra

⁸¹ Tra questi, figurano "D.I.AGR.A.M.M.I" promossa dell'associazione Terra!; "Buona Terra" promosso dalla Regione Piemonte insieme alla CGIL, Coldiretti e altri, "Cambia Terra" sviluppata dall'associazione ActionAid.

⁸² Un esempio è rappresentato dall'iniziativa pugliese *Campo libero*.

⁸³ Si penso all'Orchestra dei Braccianti o al Contest "Oltre il Ghetto", realizzato nell'ambito del progetto SU.PR.EME. ITALIA, un concorso di *story-telling* dedicato alla selezione di 20 storie di riscatto ed *empowerment*.

6. *Il contrasto al reclutamento illecito nel settore agricolo nel Regno Unito*

Anche nel Regno Unito, in cui il numero dei lavoratori impiegati in agricoltura e nell'intera filiera agro-alimentare si aggira attorno ai 4 milioni di individui, le condizioni del lavoro non appaiono meno drammatiche e lo sfruttamento e le situazioni di abuso sono largamente diffusi anche tra i migranti economici - in particolare provenienti dall'Est Europa, seppure in forte flessione a seguito della Brexit - che riescono a entrare nel territorio in modo regolare.

D'altra parte, in Inghilterra l'interposizione illecita ai fini della costituzione di rapporti di lavoro in agricoltura è un fenomeno antico. In particolare, verso la fine del XVIII sec., i *gangmaster* iniziavano a mettere insieme squadre di donne, bambini e giovani, spesso provenienti da Scozia e Irlanda del Nord, prelevandoli dai villaggi 'aperti' in cui si concentravano le famiglie povere che avevano rinunciato a cercare fortuna nei nuovi agglomerati urbani, affinché lavorassero nelle campagne da poco bonificate delle contee orientali dell'isola più vocate all'agricoltura e all'allevamento⁸⁴.

Per tentare di regolamentare il fenomeno, già a partire dall'*Agricultural Gangs Act*, di epoca vittoriana (1867), fu stabilito che l'attività del *gangmaster* dovesse essere subordinata all'ottenimento di un'apposita licenza. Se tale riforma ebbe quale principale esito quello di incentivare l'organizzazione di "gang" direttamente da parte dei *farmers* in violazione della legge per evitare i costi dell'intermediazione e risparmiare ulteriormente sui salari spettanti ai braccianti, va detto che il sistema delle bande entrò comunque in declino negli ultimi anni del XIX secolo non solo per il crescente impiego di macchinari in agricoltura, ma anche per effetto dell'introduzione del sistema di istruzione obbligatoria che ridusse drasticamente il numero di bambini disponibili al lavoro.

Dopo che, a partire dall'epoca thatcheriana, si assisteva a una recrudescenza del sistema delle gang, l'opportunità di reintrodurre il sistema delle licenze si è ripresentato negli anni Novanta, in controtendenza con la *deregulation* che in quegli stessi anni stava interessando il settore delle *employment agencies*⁸⁵, fino a prendere forma nel 2004 con l'approvazione del *Gangmaster Licensing Act*, provvedimento varato sull'onda del clamore

⁸⁴ Cfr. W. HASBACH, *A History of the English Agricultural Labourer*, London 1908, p. 195 ss.

⁸⁵ Fino ai primi anni Novanta, le agenzie di collocamento erano tenute a ottenere una licenza per poter svolgere la loro attività, ma a seguito del *Deregulation and Contracting Out Act* (1994) tale requisito è stato abolito. Le agenzie devono comunque operare nel rispetto della legge e il controllo sulla loro attività spetta all'*Employment Agency Standards Inspectorate* (EAS).

mediatico suscitato dalla morte, in quello stesso anno, di più di venti giovani cinesi, colti di sorpresa dall'arrivo della marea mentre erano intenti nella raccolta di molluschi nelle paludose acque della *Morecombe Bay*⁸⁶.

Il *Gangmaster Licensing Act* ha istituito e affidato la gestione del sistema delle licenze di chi opera come intermediario ai fini del reclutamento di manodopera nel settore del lavoro agricolo (e affini⁸⁷) a una specifica autorità (la *Gangmaster and Labour Abuse Authority*)⁸⁸, composta da ventotto membri nominati nell'ambito dei sindacati, delle organizzazioni di produttori, degli organi di polizia e dei dipartimenti governativi che, oltre a svolgere compiti regolatori e di vigilanza sui titolari della licenza⁸⁹, collabora con altre Agenzie del Regno⁹⁰ per contrastare pratiche di sfruttamento del lavoro in vari settori considerati a elevato rischio e in cui vi è un massiccio impiego di immigrati irregolari.

Oltre all'edilizia, la ristorazione, l'industria tessile, i servizi di pulizia e

⁸⁶ Cfr. T. BRASS, *Medieval Working Practices? British Agriculture and the Return of the Gangmaster*, in *Journal of Peasant Studies*, 2004, p. 313 ss. (p. 322).

⁸⁷ Trattasi dei settori dell'orticoltura, della raccolta di prodotti ittici, della lavorazione e dell'imballaggio di prodotti derivati.

⁸⁸ L'Autorità è stata così denominata ad opera dell'*Immigration Act* nel 2016, che ne ha potenziato il ruolo ai fini del contrasto all'immigrazione irregolare e alla tratta di esseri umani (cfr. E. GUILD, A. M. BARYLSKA, *Decent Work for Migrants? Examining the Impacts of the UK Frameworks of Gangmasters Legislation and Modern Slavery on Working Standards for Irregularly Present Migrants*, Global Public Policy and Governance, 2021, Vol. 1, p. 279 ss., disponibile all'indirizzo <https://doi.org/10.1007/s43508-021-00015-w>).

⁸⁹ L'Autorità definisce le condizioni per l'ottenimento e il mantenimento delle licenze di chi operi come *gangmaster* o *labour provider*, ne fissa i costi a carico degli interessati, che comprendono anche le spese (che possono superare le 2900 sterline) necessarie per le ispezioni da parte della GLAA, procede al rilascio e alla revoca delle licenze, conduce - con un certo successo, ma senza riuscire a raggiungere i punti più remoti della catena - attività ispettiva preventiva e di controllo successivo sui soggetti che ne sono detentori. L'elenco dei soggetti che annualmente sono oggetto di ispezione da parte della GLAA con esiti favorevoli è reso pubblico sul sito della Agenzia. Spetta inoltre all'Autorità di individuare gli *standard* che i titolari di licenza dovranno rispettare: tra questi, vi è quello di corrispondere ai *workers* il salario minimo o altro salario stabilito dalla legge, di pagare i contributi previdenziali ed eventuali indennità, di accordare un periodo di ferie pagate. Inoltre, è vietato ai *labour providers* far pagare, sia direttamente sia indirettamente, un prezzo ai lavoratori per la loro intermediazione, sanzionare il lavoratore che abbia accettato un impiego presso un altro datore, tenere comportamenti violenti e discriminatori, ostacolare l'iscrizione a un'associazione sindacale. Operare come *gangmaster* senza una licenza o con una licenza ottenuta con mezzi fraudolenti costituisce reato.

⁹⁰ La GLAA opera in collaborazione con la *HM Revenue & Customs*, ma, soprattutto, con l'*Employment Agency Standards Inspectorate* (EAS), che ha il compito di vigilare sull'attività delle agenzie di reclutamento.

cura delle persone, un altro dei settori finiti sotto la lente di ingrandimento dell'Autorità è quello degli autolavaggi a mano. Infatti, se prima degli inizi degli anni Duemila gli *hand car washes* erano praticamente sconosciuti, negli ultimi anni sono cresciuti esponenzialmente in Inghilterra, favoriti dalla totale deregolamentazione del settore, dalla facilità di ottenere contratti di locazione di spazi commerciali dismessi (parcheggi di ex supermercati, pompe di benzina, piccoli concessionari d'auto, etc.) e da norme molto permissive in materia di impianti elettrici e idrici: tutte circostanze che li rendono perfetti per pratiche di *phoenixing*⁹¹.

Posto che la vicenda riecheggia quella statunitense dei cd. *carwasheros*⁹², che ha portato lo Stato della California a adottare una serie di provvedimenti legislativi protettivi della categoria tra il 2004 e il 2016⁹³, in Inghilterra si è invece optato per una forma di autoregolamentazione: con il contributo della *Gangmaster Authority*, è stato infatti elaborato un codice di condotta, il *Responsible Car Wash Scheme*.

Qui vi si legge che il *responsible car wash operator* deve corrispondere ai lavoratori il minimo salariale, riconoscere giorni di riposo, pagare gli

⁹¹ Per un'analisi del fenomeno, cfr. I. CLARK, T. COLLING, *Work in Britain's Informal Economy: Learning from Road-Side Hand Car Washes*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2018, p. 320 ss.

⁹² Il fenomeno emerse alla fine degli anni Novanta, in particolar modo nelle città di New York, Los Angeles e Chicago. Come in molti settori in cui si concentra una forza lavoro prevalentemente immigrata, i proprietari degli autolavaggi aggirano le leggi sul salario minimo pagando i lavoratori solo con le mance o pagandoli in base a tariffe giornaliera o a cottimo.

⁹³ Cfr. *Sections 2050-2068 Labor Code*. Un primo provvedimento, introdotto nel 2003, aveva imposto ai proprietari di autolavaggi di registrarsi presso il *Labor Commissioner's Office*, sanzionando con una multa coloro che avessero rifiutato di conformarsi e imponendo ai datori di lavoro di fornire una fideiussione di almeno 15000 dollari da utilizzare per recuperare i salari non pagati o altri benefici non corrisposti ai dipendenti. Nel 2008, solo il 65% dei 1600 autolavaggi stimati nello Stato era stato registrato ed era in regola con le prescrizioni di legge. Nel 2013, la California ha dunque varato una riforma con cui ha esteso la portata del *California Car Wash Workers Law*, richiedendo ai datori di lavoro, tra altro, di elevare a 150000 dollari l'importo della fideiussione, salvo che il datore e i lavoratori non abbiano sottoscritto un accordo collettivo di lavoro. A garanzia dei lavoratori è anche previsto il *Car Wash Worker Restitution Fund* in cui vengono versate le imposte di registrazione e una parte delle somme riscosse a titolo di sanzione. Inoltre, nel 2014 la California ha approvato la SB 778, nota anche come la *Fair Day's Pay Act*, legge con cui si impone ai datori di lavoro di pagare i lavoratori per il tempo che impiegano per preparare e ripulire gli ambienti di lavoro, oltre a quello effettivamente impiegato per lavare i veicoli (cfr. A. AVENDANO, C. FANNING, *The Clean Carwash Initiative: Building Worker Power and Fighting Austerity through Community and Workplace Organizing*, in *Labor Studies Journal*, 2014, p. 101 ss.)

straordinari, garantire condizioni igienico-sanitarie e dotazioni personali adeguate. Per coinvolgere i cittadini, è stata anche ideata una App (*Safe Car Wash App*) che consente agli utenti di localizzare la propria posizione geografica quando si trovino in un autolavaggio ‘sospetto’ e di rispondere in modo anonimo a una serie di domande come, ad esempio, quale sia il costo del servizio e se i lavoratori presenti sul posto siano dotati di un abbigliamento adeguato⁹⁴.

Come è stato recentemente suggerito sul “The Economist”⁹⁵, il modo migliore per capire se i lavoratori degli autolavaggi siano sfruttati è di prestare attenzione alle loro scarpe: se indossano scarpe da ginnastica invece di stivali impermeabili, è verosimile che il datore di lavoro stia risparmiando sulla retribuzione o violando altre norme a tutela del lavoro.

Ma – la domanda è d’obbligo –, quanti cittadini sono così virtuosi (e sufficientemente liberi da pregiudizi razziali) da preferire le ragioni dei lavoratori a quelle del proprio portafoglio, se hanno la possibilità di risparmiare sul costo del servizio?

7. *Brevi note conclusive*

In Italia - come in altri Paesi europei - il caporalato agricolo è diventato un fenomeno strutturale, endemico, una vera e propria forma di organizzazione del lavoro che si finisce per tollerare in nome della competitività e del profitto, calpestando diritti e dignità umana.

Come questa breve ricerca ha cercato di evidenziare, è andata crescendo, da parte delle istituzioni sia a livello internazionale che nazionale - seppure con le differenze di approccio che, come nel caso del diritto italiano e di quello inglese, possono essere anche sensibili - la consapevolezza della gravità del fenomeno e la convinzione che sia necessario una reazione che vada al di là della repressione penale e che, in un’ottica preventiva, punti al coinvolgimento degli attori privati ai fini di predisporre un argine alle pratiche illecite di reclutamento e allo sfruttamento che ne è spesso una diretta conseguenza.

Non vi dubbio, tuttavia, che la risposta sia stata finora del tutto insufficiente. La realtà odierna ci restituisce un’immagine del mercato

⁹⁴ Nel 2020, sul modello di questa, è stata sviluppata anche la *Farm Work Welfare App*.

⁹⁵ «It is far too easy to run lawbreaking businesses in Britain», in *The Economist*, 16 marzo 2023.

del lavoro nel settore agricolo (e non solo) in cui informalità, precarietà, gravissimi abusi si diffondono nei Paesi poveri così come nelle nostre economie cd. avanzate, complici l'inadeguatezza degli strumenti di tutela, lo strapotere delle multinazionali, la debolezza o l'assenza delle organizzazioni sindacali, la condizione di estrema vulnerabilità in cui versano tanti lavoratori soprattutto migranti.

Al di là dello sforzo di autoregolazione da parte delle imprese, delle buone pratiche che si possono sviluppare e degli strumenti che il diritto può mettere a disposizione oltre l'orizzonte del diritto penale, spetta alla politica compiere e attuare scelte che combattano il lavoro povero e sfruttato e garantiscano condizioni di impiego dignitose in agricoltura come negli altri settori, governare le dinamiche migratorie nel senso di favorire situazioni di regolarità e inclusione sociale, intervenire efficacemente per equilibrare i rapporti di forza all'interno della filiera, dotare di adeguate risorse finanziarie le istituzioni impegnate su i vari fronti nella lotta al caporalato e allo sfruttamento.

Detto in altre parole, un ordine economico globale più equo e un mondo del lavoro che restituisca dignità alle persone non sono traguardi fuori dalla nostra portata, ma occorre che si assumano come imperativi di governo non più rimandabili.

ABSTRACT

In recent years, illegal recruitment and exploitation of workers in the agricultural sector have become particularly dramatic in Italy as well as in other regions of the world. To shed light on the role that public and private actors may play in the fight against those phenomena at both supranational and domestic levels, the essay critically reviews the main normative measures developed by the International Labor Organization and the European Union, as well as some examples of global private regulations. The paper then proceeds with a short analysis of the Italian and English models.

KEYWORDS: Agricultural Sector; Labor Law; Fight against Illegal Recruitment; Supranational and Domestic Legal Frameworks; Public and Private Actors.

Domitilla Vanni

*Environmental disasters litigation and human rights:
suing the state for civil liability*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. The international level: the ECtHR *Cordella* case – 3. A look at some national Courts judgments – 4. Conclusive remarks.

1. *Introduction*

One cannot fail to emphasise the existence of increasingly blurred boundaries between public and private¹, and the gradual disappearance of the traditional distinction between the two areas, especially in continental legal systems, a phenomenon that is clear in various sectors, with significant consequences in the field of litigation for environmental disasters, in which the involvement of public authorities appears to be increasingly strong in a traditionally dominated by private law subjects sector.

In this sense, I considered it appropriate to start from the international level of protection of individual rights, and in particular from recent developments in the European Court of Human Rights caselaw with regard to cases of environmental disaster, and then to verify within individual national legal systems – such as that of the Netherlands and United Kingdom – the sensitivity and progressive openness towards new instruments of protection in this area, which attribute due responsibility to the State.

Given the openness of the English Courts in the sense of the transposition of human rights within the common law², especially following the entry into force of the Human Rights Act³, I also found interesting to take a look at the English legal system and in particular at some interesting Supreme Court of UK pronouncements which – on the

¹ S. SICA, G. GIANNONE CODIGLIONE, *La libertà fragile. Pubblico e privato al tempo della rete*, ESI, Napoli 2014.

² M. AMOS, *Human Rights Law*, Bloomsbury, Oxford 2021³, p. 17 ff.

³ The Human Rights Act 1998 (c. 42) received royal assent on 9 November 1998 and came into force on 2 October 2000.

one hand – revealed a particular openness in relation to the extension of the jurisdiction of the English Courts on cases of environmental disasters taking place outside English territory (on the African continent) thus determining a significant improvement of legal protection; on the other hand, it shown a singular attitude of self restraint with reference to a very serious case of environmental offence in terms of the lack of continuity of the offence – configurable as tort of nuisance – such as to determine the rejection of the claims for compensation due to the fact that the respective limitation period has expired.

2. *The international level: the ECtHR Cordella case*

Given that, as is well known, environmental protection is characterised by the plurality of rules and legal systems involved, both at a national and a supranational level⁴, even in the absence of a specific competence of the EU, it seems very interesting – in addressing in a comparative perspective the thorny issue of the protection of individual rights injured by environmental disasters against the State – to take the starting point from a well-known European Court of Human Rights ruling on the subject of environmental disasters, i.e. the *Cordella v. Italy*⁵ case.

It concerned the renowned company Ilva spa, operating in the iron and steel sector since the early 20th century, originally state-owned, then privatised in 1995, placed under extraordinary administration due to its state of insolvency, whose emissions on the environment and population living in the vicinity of its plants have constituted an intense social and judicial debate. Already in 2002, epidemiological studies had shown a link

⁴ At the international level the International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage (adopted in Brussels on 29 November 1969 and known as the CLC); the Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage (also adopted in Brussels on 18 December 1971, known as the IFC), which is a supplement to the former; the Paris Convention of 29 July 1960 on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy, supplemented by the Brussels Supplementary Convention of 31 January 1963 (2) and the Brussels Convention of 17 December 1971 guaranteeing its applicability; the Brussels Convention of 25 May 1962 on Liability for Owners of Nuclear Vessels, not yet in force and the Paris Agreement adopted by 196 Parties at the UN Climate Change Conference (COP21) in Paris, France, on 12 December 2015 and entered into force on 4 November 2016.

⁵ ECtHR *Cordella and Others v. Italy*, no 54414/13 and 54264/1, 24 January 2019 section I.

between the emitted particles by a plant in Cornigliano, which produced coke (a particular type of coal) and the mortality rate of the surrounding population. Thus, production was transferred to Taranto, which has a very large plant of about 1,500 hectares (the largest steel complex in Europe).

The plaintiffs in the Cordella case resided in the city of Taranto and neighbouring municipalities. The impact of the plant's emissions on the environment and health of the local population was the subject of several scientific reports.

Complaining of the effects of emissions from the Ilva steel plant in Taranto on their own health and environment, the applicants complained of a violation of their rights to life, to respect for their private life and to an effective remedy (Articles 2, 8 and 13 of the Convention)⁶.

First, the Court emphasizes that neither Article 8 nor any other provision of the Convention specifically guarantees a general protection of the environment as such⁷. According to the Court's caselaw, the crucial element in determining whether, in the circumstances of a case, the environmental damage involved a violation of one of the rights guaranteed by paragraph 1 of Article 8 is the existence of a harmful effect on a person's private or family sphere, and not simply the general degradation

⁶ Citing *Radomilja and Others v. Croatia* [GC], no. 37685/10 and 22768/12, 20 March 2018.

Article 2 ECHR provides:

«1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- (a) in defence of any person from unlawful violence;
- (b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
- (c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection».

Article 8 ECHR provides:

«1. Everyone has the right to respect for his or her private life (...).

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right unless such interference is provided for by law and constitutes a measure which, in a democratic society, is necessary for national security, public safety, the economic well-being of the country, for the defence of order and the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

Art.13 ECHR provides:

«Everyone whose rights and freedoms recognised in the (...) Convention have been violated is entitled to an effective remedy before a national court, even when the violation has been committed by persons acting in the exercise of their official duties».

⁷ *Kyrtatos v. Greece*, No. 41666/98, ECHR 2003 VI.

of the environment⁸. Indeed, the numerous scientific reports and studies⁹ available to the Court attest to the existence of a causal link between the production activity of the Ilva company in Taranto and the compromised health situation, particularly in the municipalities mentioned above. For the most recent study in this matter, the Court also refers to the 2017 ARPA report, which reaffirms the causal link mentioned above and attests to the continued existence of a critical health status in the «high environmental risk» zone. In the face of the government's challenge arising from the plea of failure to exhaust domestic remedies, the plaintiffs point out that none of the remedies invoked by the government address their grievances. They assert that the latter consist not in the claim of economic redress, but in the complaint of the State's failure to adopt administrative and legislative measures aimed at protecting their health and the environment, on the one hand, and the challenge to the application of measures that allowed the Ilva company to continue its polluting activity, on the other. This case differs from *Smaltini v. Italy*¹⁰ in which the plaintiff complained that she had contracted a disease as a result of her exposure to pollution caused by the Ilva company. The subject of that case, therefore, would have concerned the causal link between this plaintiff's illness and the harmful emissions, and not, as in the present case, a failure on the part of the State to take measures to protect the plaintiffs' health and their environment. The Government further points out that, in *Smaltini* case, the Court concluded that there was no evidence as to the existence of a causal link between the pathology contracted by the applicant and the harmful emissions from the Ilva plant and, consequently, that the action was manifestly unfounded. The Government also argues that Ilva has always conducted its production activities by complying with the permits granted by the municipality, region, and province. It adds that plans have been prepared to prevent pollution and to take measures to ensure air quality in the area. In addition, various measures have reportedly been taken that allow for a significant improvement in air quality.

The Court recalls that serious damage, done to the environment, can affect people's well-being and deprive them of the enjoyment of their homes in such a way as to harm their private lives¹¹. In this regard, the Court also

⁸ *Fadeieva v. Russia*, No. 55723/00, ECHR 2005 IV.

⁹ See in particular the SENTIERI report, paragraphs 20 et seq.

¹⁰ ECtHR *Smaltini v. Italy* (application no. 43961/09) 24 March 2015. See L. FERRARIS, *Smaltini v. Italy: A missed opportunity to sanction Ilva's polluting activity within the ECHR System*, in «Journal for European Environmental & Planning Law», 13, n. 1, 2016, p. 91 f.

¹¹ Citing *López Ostra v. Spain*, Dec. 9, 1994, Series A No. 303-C, and *Guerra and Others*

recalls that in cases in which the notion of a threshold of seriousness was specifically examined in the field of the environment, the Court has held that a defensible grievance under Article 8 may arise if an ecological risk reaches a level of seriousness that significantly reduces the plaintiff's ability to enjoy his or her home or private or family life. The assessment of this minimum level in this type of case is relative and depends on all the elements of the case, in particular the intensity and duration of the harmfulness and its physical or psychological consequences on the health or quality of life of the person concerned¹². Article 8 does not merely order the State to refrain from arbitrary interference: positive obligations inherent in effective respect for privacy can be added to this negative commitment. In any case, whether one approaches the issue from the standpoint of the positive obligation of the state to take reasonable and appropriate measures to protect the rights of the individual, pursuant to the first paragraph of Article 8, or from the standpoint of interference by a public authority, to be justified under the second paragraph, the applicable principles are quite similar. In both cases, regard must be had to the fair balance to be struck between the competing interests of the individual and society as a whole, and the State enjoys in each case a certain margin of appreciation¹³.

First and foremost, States have a positive obligation, particularly in the case of a hazardous activity, to put in place legislation adapted to that specific activity, on the basis of the level of risk which could result from it. Such legislation must regulate the authorization, operation, exploitation, safety, and control of the activities in question, as well as require any person affected by it to take practical measures appropriate to ensure the effective protection of citizens whose lives are at risk of being exposed to the dangers inherent in the field in question¹⁴. Finally, it is often impossible to quantify the effects of major industrial pollution in each individual case and to distinguish the influence of other factors such as, for example, age and occupation. The same assessment must be made with regard to the deterioration in quality of life resulting from industrial pollution. Quality of life is a very subjective concept which is not easy to define. Therefore, for the purposes of ascertaining the factual circumstances of the cases before it, the European Court has no choice but to rely first and foremost,

v. Italy, Feb. 19, 1998, Recueil 1998-I.

¹² *Fadeïeva*, cited above, *Dubetska and others v. Ukraine*, No. 30499/03, Feb. 10, 2011, and *Grimkovskaya v. Ukraine*, No. 38182/03, July 21, 2011.

¹³ *López Ostra*, cited above, and *Guerra et al.*, cited above.

¹⁴ See, *mutatis mutandis*, *Oneryildiz v. Turkey*, [GC], No. 48939/99, ECHR 2004-XII, and *Brincat and Others v. Malta*, No. 60908/11 et al. 4, July 24, 2014.

though not exclusively, on the findings of the courts and other relevant domestic authorities¹⁵. In the present case, the plaintiffs complain about the absence of state measures to protect their health and the environment. It is only on this last issue, which is different from the one at issue in the *Smaltini* case, that the Court is called upon to rule. The Court notes that, since the 1970s, various scientific studies have denounced the polluting effects of emissions from the Ilva Taranto plants on the environment and people's health. In the meantime, the government has intervened several times with urgent measures (the 'save-Ilva' decree-laws) in order to ensure the continuation of the steel plant's production activity, and this despite the finding by the competent judicial authorities, based on chemical and epidemiological expert reports, of the existence of serious risks to health and the environment. In view of the above, the Court finds that the national authorities have failed to take all necessary measures to ensure the effective protection of the right of the persons concerned to respect for their privacy. Therefore, the proper balance between the interest of the plaintiffs – in not suffering serious damage to the environment that could jeopardize their well-being and private life – and the interest of society as a whole has not been respected. So the Court, unanimously, declares that there has been a violation both of Article 8 of the Convention and Article 13 of the Convention and that the acknowledgment of a violation is in itself a sufficient equitable satisfaction for the non-pecuniary damage suffered by the plaintiffs concerned, ordering the State to pay the plaintiffs' legal fees. The Court did not award any compensation to the plaintiffs, nor did it indicate to Italy what specific measures would have to be implemented to bring environmental remediation to completion.

As emerges from the reconstruction of the facts offered by the ruling itself, the grievances revolve around two main cornerstones: (a) the scientific studies, including epidemiological studies, which over the years have highlighted the serious health situation as a result of the pollution produced by Ilva; b) the conduct of the Italian State, which has authorized, through ad hoc measures, the continuation of the industrial activity, contrasting with the ablatory measures adopted by the judicial authority as part of the maxi-criminal proceedings against the company's managers, accused, precisely because of the serious environmental impairment of the area and its health repercussions on workers and the local population, of crimes against public safety and public health *ex art.* 434 of the

¹⁵ *Lediaïeva and others v. Russia*, Nos. 53157/99 and 3 others, Oct. 26, 2006, and *Jugheli and others v. Georgia*, No. 38342/05, July 13, 2017.

Italian Criminal Code. As for the hinge sub a), the results offered by numerous scientific studies, published between 1997 and 2017 by national and international institutions competent in health and environmental matters¹⁶, all unequivocally indicate the existence of risks to human life and health etiologically related to the harmful emissions of the Taranto steel plant. Strasbourg Court chose to examine the applicants' grievances only with reference to Article 8 of the Convention (right to privacy), and not instead, as the plaintiffs requested, to Article 2 (right to life). On this point, the grounds of the ruling merely refer to the overlapping nature of the two complaints and the Court's prerogatives in terms of legal qualification of the facts. It is worth dwelling briefly on the questions of admissibility of the appeal, both because of their intrinsic interest and because the Court anticipates here some of the considerations that will later be recalled in the reasons on the merits. First and foremost, the claimants' status as victims¹⁷ comes to the fore, as the Italian government disputed on the grounds that they had not brought individual offenses to the Court's attention, but rather a situation of environmental contamination affecting public health. The Court confirms its case law on the inadmissibility of *actio popularis*, which is outside its jurisdiction as a court of individual fundamental rights violations, and also reiterates that neither Article 8 of the ECHR nor any other provision of the Convention guarantees protection of the environment as such. At the same time, however, the Court reaffirms the principle that environmental damage can result in violations of the right to privacy guaranteed by Article 8(1) whenever there is an offense to the private or family sphere of a particular person. This condition appears to be fulfilled in the case at hand, as the plaintiffs' areas of residence are – with some exceptions – among those deemed to be at risk to health by the Ministry of the Environment; areas where pollution has made all inhabitants more vulnerable to various diseases, as shown by the scientific studies attached to the appeals. A further question of admissibility concerns the prior exhaustion of domestic remedies. On this view, the Court rejects the government's complaints, on the one hand noting the absence in the Italian legal system of measures to obtain the remediation of areas affected by forms of pollution dangerous to humans; on the other hand, noting that the immunities introduced by the 'save-Ilva' decrees of 2015 and

¹⁶ Such as the World Health Organization and the Italian Istituto Superiore di Sanità.

¹⁷ About the notion of victim in CEDU see V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2019², pp. 428-436; D. HARRIS, M. O' BOYLE, C. WARBIRCK, *Law of the European Convention of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2018⁴, pp. 87-92.

2016 preclude in root criminal or administrative actions against the special administrator and the new owners of the company. Again, after recalling that the question of constitutionality is not among the remedies whose failure to do so determines the inadmissibility of the action, the Court dwells on the remedies provided by Legislative Decree No. 152 of 2006¹⁸ for environmental damage, observing in this regard that these measures can only be adopted by the Ministry of the Environment, individuals being endowed with mere soliciting prerogatives against the same ministry.

On the merits, the European Court finds the plaintiffs' complaints well-founded and declares, first of all, a violation of Article 8 of the Convention. The point of departure is the reminder, which had already emerged in the admissibility questions, regarding the close connection between serious environmental damage and the reflex offenses caused to the 'well-being' of persons, such as to harm their 'private life'. Article 8 of the Convention, the Court points out, comes into play provided that the ecological risk reaches a level of severity capable of significantly diminishing the possibility of enjoying one's home or private or family life. The assessment as to whether the 'minimum threshold of severity' is exceeded must take into account the intensity and duration of the harassment caused by the polluting factor, as well as its physical and psychological effects on the health and 'quality of life' of the person concerned. Incidentally, the court makes it clear that it considers it indifferent to approach such questions from the perspective of the positive obligations incumbent on the state, stemming from Paragraph 1 of Article 8, or from the perspective of the legitimacy of the authorities' interference with the right to privacy, according to Paragraph 2 of the same provision. Having thus concluded the enunciation of the general principles applicable to the matter, and turning to the examination of the case at hand, the Court first of all circumscribes the object of its scrutiny to the diligence exercised by the competent national authorities and to the reasonableness of the justifications put forward by the Government in support of the need to compress individual interests for the benefit of general ones; with the exclusion of the profiles pertaining to the establishment of the causal link with respect to the pathologies alleged by some of the applicants. Against the backdrop of such a health situation, the Court finds the measures taken by national authorities both insufficient and unbalanced in favor of production needs: not only, in fact, the interventions carried out over the years have not produced satisfactory results, as is also shown by the infringement proceedings against Italy pending before the European

¹⁸ The so called 'Environmental Code'.

Commission but the 'save-Ilva' decrees have also authorized the continuation of an activity that had been judged to be a serious risk to health and the environment even by the judicial authorities, providing, moreover, ad hoc immunity for the conduct of the operators. Based on these considerations, the Court comes to the conclusion that the Italian State has so far failed to ensure a fair balance between the interest of the plaintiffs in not suffering the environmental offenses likely to affect their well-being and the interest of society as a whole. With regard to remedies, as also noted above, the Court rejects the claims for compensation made under Article 41 of the ECHR, deeming the establishment of the violations sufficient for the purpose of compensation for non-pecuniary damage; and it also rejects the request to order Italy to adopt the specific general measures indicated by the appeals, nonetheless stressing the urgency of implementing the plan for the remediation of the steel plant and the environment surrounding it in the shortest possible time.

Despite the fact that the European Convention was born as an instrument for the protection of civil and political rights (so-called 'first-generation' fundamental rights), as well as economic, social and cultural rights (so-called 'second-generation' rights), it has over time shown to be very sensitive in regard to the so called 'third-generation' rights, such as that to a healthy environment¹⁹. This is an evolutionary process, effectively defined as «greening of the existing first generation of human rights»²⁰, which has crossed the Court caselaw since the 1990s, running on the thin border that separates individual rights from collective interests.

The development of this case study, while has certainly increased the range of protections available to individuals threatened by pollution phenomena and other environmental risks, on the other hand, has produced a series of new questions and issues to be resolved. The first concerns the boundary between the right to life and the right to private life, in their 'greened' or 'ecological' dimension, which the Court has progressively drawn and which however does not yet appear completely settled. The second problematic profile, which is also closely connected to the first,

¹⁹ R.L. ZOHADI, *The Generations of Human Rights*, in «International Studies Journal», 96, n. 4, 2004, pp. 95-113; R. FREEDMAN, "Third Generation Rights": *Is There Room for Hybrid Constructs Within International Human Rights Law?*, in «Cambridge Journal of International and Comparative studies», 2, n. 4, 2013, pp. 935-959;

²⁰ A. BOYLE, *Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment*, in «Fordham Environmental Law Review», 18, n. 3, 2007, pp. 471-511; ID., *Human Rights and the Environment: Where Next?*, in «European Journal of International Law», 23, n. 3, 2012, pp. 613-617.

concerns the substantial incompleteness of the protection currently offered by the Convention regarding the relationship between the environment and human health. After having illustrated the underlying reasons for the problem, attention will be turned to the ancient question regarding the opportunity to introduce an autonomous human right to a healthy environment into the Convention system. As anticipated, the protection of life and psycho-physical health from threats arising from environmental pollution essentially takes place within the framework of articles 2 and 8 of the Convention, subjected over the years to an evolutionary interpretation which has broadened the respective scopes of application to an 'ecological' dimension not yet fully explored.

So the scope of application of the art. 2 is easily identifiable through the reference to a clearly defined legal good, life, threatened or actually damaged by the risk factor. Conversely, the scope of application of the art. 8 is much less crystalline, being entrusted to the vaguer concepts of 'well-being' and 'quality of life', in turn defined by the Court through reference to an open catalog of other interests – such as health, personal tranquility, the enjoyment of home and family activities, etc. – susceptible to being compromised whenever man finds himself leading his existence within a contaminated environment. This is a complex judgment, carried out on a case-by-case basis, aimed primarily at establishing whether the aforementioned interests have been harmed beyond the minimum threshold of severity (in turn identified in relative terms, for example using as a parameter the environmental risks inherent to the «life in modern cities»). Among the few fixed points – within a union largely entrusted to the prudent appreciation of the Strasbourg judges – there is the principle according to which damage to health is not an indispensable element for the existence of the violation which means, all things considered, that in its absence the offense cannot be automatically excluded; while in his presence it will tend to be affirmed. So the dividing line between art. 2 and art. 8 just outlined comes into crisis in cases – such as the one here examined – in which the available scientific evidence highlights widespread risks for people's health and lives, even in the absence of individually ascertained causal links.

The practical consequences which derive from the classification of a case of environmental pollution in the right to life or private life are essentially of three types. First of all, the conditions for lawful action by States change: more precisely, the limits within which States can carry out risky activities or can authorize their exercise by private entities. Human life, in fact, receives basically absolute protection from the Convention: therefore, the only room for maneuver granted to States concerns the

choice of concrete measures to protect it, within the framework of the traditional 'margin of appreciation' which characterizes the fulfillment of positive obligations, a margin that is wider the more complex technical issues are involved. 'Private life' instead falls within the category of those fundamental rights characterized by greater flexibility. The State, first of all, can limit its exercise within the limits set out in the art. 8 par. 2, i.e. on the condition that the interference is provided for by law and is necessary and proportionate to pursue one of the interests indicated therein (which also includes, as far as it is particularly relevant for our purposes, the «economic well-being of the country»). Secondly, the scope of the positive obligations deriving from the art. 8 is in turn determined on the basis of balances with other interests worthy of protection. Beyond the basic distinction between negative and positive obligations arising from the art. 8, often destined to fade in concrete cases, the point is that it is up to the State, in exercising its margin of appreciation, to reconcile the individual interests falling within the category of 'private life' with the counter-interests belonging to society as a whole complex; while it is up to the European Court to establish whether this reconciliation complies with the canons of reasonableness. Therefore, art. 8 leaves the States wide discretion for the purposes of defining the rules for the exercise of polluting activities and therefore of what we could define as the 'permitted risk' area: an area traced by authorizations, procedures, threshold values, and other administrative tools of control, in which the balances between the multiple interests at stake take place.

The second practical consequence deriving from the option in favor of art. 2 or art. 8 ECHR concerns the so-called prosecution obligations. As it is known, in fact, from art. 2 entails the obligation on States to establish an effective system of sanctions, including of a criminal nature, for unjustified attacks on the right to life, as well as the procedural one to conduct investigations suitable for identifying and sanctioning those responsible for the violations.

The third and final practical reflection concerns the compensation for non-pecuniary damage, which intuitively is of a different amount depending on whether those are affected by legal goods such as 'well-being' and 'quality of life' (compensation for which in the opinion of the Court is sometimes sufficient the mere recognition of the violation), or life itself.

The option in favor of art. 2 or art. 8 ECHR does not, however, affect the elements of the concrete fact that the Court takes into consideration in order to evaluate the legitimacy of the conduct of the States and the correct balance between the interests at stake.

Even from a purely semantic point of view, the description of the

offense in terms of compromising their 'well-being' and their 'quality of life' appears completely incapable of capturing the negative value inherent in the risk of contracting pathologies.

Obviously the option in favor of the applicability of the art. 2 would have had significant practical implications, in line with what has already been highlighted above. The conduct implemented by the Italian Government – which the Cordella ruling deemed unsuitable for establishing a fair balance between the right to private life of individuals and the interest of society in the exercise of productive activity – would in fact have been *a fortiori* considered harmful of the right to life, due to the failure to prepare suitable countermeasures to deal with the risk of death ascertained by epidemiological evidence. Consequently, in terms of general measures to implement the sentence, Italy would not have been called upon to issue a regulation capable of identifying a correct balance between the interests at stake, but rather to prepare all the measures capable of reducing the risks to life at a level close to zero, with a margin of appreciation limited to the choice of concrete measures to adopt to achieve this aim. Furthermore, the Court could have affirmed the existence of the obligation to criminally prosecute conduct characterized by serious and conscious negligence, reflexively questioning the legitimacy of the causes of exclusion of punishability provided for by the 'save-Ilva' legislation. Finally, the outcome of the procedure would probably have been different also with regard to the rulings pursuant to art. 41 ECHR, which could have resulted in the State being condemned to pay compensation for the non-pecuniary damage suffered by the individual appellants²¹.

The belief remains that the environmental problem, or rather the protection of fundamental rights threatened by environmental risks, today deserves a more advanced safeguard, freed from first generation rights, and above all capable of defining with a greater degree of certainty the contours of the interests protected and the conditions of legitimacy of state action.

These perplexities reopen the debate on the opportunity to introduce an autonomous right to a healthy environment²², giving concreteness to what was an aspiration that emerged from the genesis of international

²¹ About the vagueness of section 8 ECHR see HARRIS, BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention of Human Rights*, cit., p. 501.

²² M. FITZMAURICE, J. MARSHALL, *The Human Rights to a Clean Environment - Phantom or Reality? The European Court of Human Rights and The English Courts Perspective on Balancing Rights in Environmental cases*, in «Nordic Journal of International Law», 76, n. 2-3, 2007, pp. 103-151; BOYLE, *Human Rights and the Environment: Where Next?*, cit., pp. 626-633.

environmental law, the Stockholm Declaration of 1972²³. From this perspective, the solution towards which future reflections could be oriented could therefore be that of a *de jure condendo* intervention within the Council of Europe, aimed at recognizing a right with autonomous contours, through which individuals can implement their own expectations of ‘environmental safety’, without this precluding states from a certain margin of appreciation in cost-benefit assessments and in the adjustments that by definition cannot satisfy everyone.

Configuring a ‘right to a healthy environment’ as a right in itself, which has so far remained halfway between two provisions which evidently were not created to protect it, could represent a way to enrich the Convention, in line with Sustainable Development Goals²⁴ defined by the UN, through the conferral of a clearer and more defined ad hoc individual advantageous – and also more effective – position. In summary, the Cordella ruling must be given the merit of having turned the spotlight on the responsibilities attributable to the State, guilty for having introduced legislation inspired by an unreasonable cost-benefit calculation.

Furthermore, it seemed particularly appreciable the effort made by the Court to exploit the knowledge offered by the epidemiological studies carried out in the Taranto area to reach the conclusion that all the inhabitants, including the appellants, saw an increase in the risk of falling ill, and therefore the own ‘vulnerability’, with consequent significant damage to one’s ‘well-being’ and ‘quality of life’. However, the choice to frame the risk to the life of those exposed within Article 8 of the ECHR, rather than art. 2 ECHR, the latter solution which would have been – according to the reconstruction offered here – more in line with the Court caselaw itself on the boundaries between the two provisions, as well as evidently heralding a more incisive protection (for example, but not only, on the compensation level).

²³ The birth date of the modern international environmental law is made to coincide with the Stockholm Declaration of 1972, adopted as a result of the United Nations Conference on the Human Environment.

²⁴ The Sustainable Development Goals (SDGs), also known as the Global Goals, were adopted by the United Nations in 2015 as a universal call to action to end poverty, protect the planet, and ensure that by 2030 all people enjoy peace and prosperity.

3. *A look at some national Courts judgments*

At a national level, there has been a recent tendency to resort to the national courts for environmental protection also with regard to environmental disasters which have occurred outside the European continent thanks to a favourable orientation towards the recognition of their jurisdiction, so expanding legal protection of victims of environmental disasters.

For example, between 2004 and 2007, the villages of Oruma, Goi and Ikot Ada Udo in Nigeria were polluted by oil from infrastructure built by Royal Dutch Shell. More than 15 years later, at the end of December, the company finally agreed to pay four farmers and their communities 15 million euros as compensation of damages and to install a leak detection system, after a Court in the Netherlands ruled determined that Shell's Nigerian subsidiary was responsible and that the parent company owed a duty of care. The legal battle has been so long that all of the original plaintiffs died and Shell admits no liability under the settlement. But *Milieudefensie*, the Dutch arm of Friends of the Earth which fought the case, says it shows «big polluters around the world that they can no longer get away with destructive practices». Many large European companies operate abroad and until recently it was difficult to hold them to account for the environmental damage they may have caused. In November, a Dutch Court ruled that it had jurisdiction to hear a compensation claim filed against Oslo-based aluminum producer Norsk Hydro and its subsidiaries over pollution in northern Brazil. The decision was welcomed by thousands of indigenous people and descendants of slaves who are suing the company for harming the local environment and public health, although Norsk Hydro 'strongly denies' their claims²⁵.

²⁵The Hague Court of Appeal on 29 January 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 (Oruma), and ECLI:NL:GHDHA:2021:133 (Goi). Separately, there has been a substantial amount of litigation over carbon emissions targets for transnational corporations. In *Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell*, District Court of the Hague, 26 May 2021, c/09/571932/HA ZA 19-379, a district court of The Hague in the Netherlands ordered Royal Dutch Shell, a British-Dutch multinational with headquarters in The Hague, to reduce its carbon emissions level by 45 percent from its 2019 emission level, by 2030. This ground-breaking decision is the first in which a corporation has been required by a court to align its policies with the obligations of the 2015 Paris Agreement. The petitioners were the Friends of the Earth, six other organizations, and 17,000 Dutch citizens. The question for the court was not whether the company was complying with local emission laws, but rather whether the company was following international standards. The Court based Royal Dutch Shell's (RDS) obligation to reduce its emissions on its duty of care towards current and future Dutch residents. Dutch tort law specifically Book 6, Section 162 of the Civil Code, creates

These rulings followed the 2019 UK Supreme Court judgment *Vedanta Resources*²⁶ stating the Shell company could legitimately be sued in negligence over the activities of its Zambian subsidiary just as the company owed a duty of care towards Nigerian citizens for alleged environmental damage and violations of human rights by its Nigerian branch. Of particular interest is this decision as the jurisdiction of English courts was declared and the submission of a collective action ‘group litigation order’ by the victims of an environmental disaster before the English jurisdiction was authorized, deeming applicable the article 4 of the Recast Brussels Regulation²⁷ according to which «persons domiciled in a Member State shall, whatever their nationality, be sued in the courts of that Member State». The case in particular saw a dispute arising from the alleged toxic emissions from the Nchanga copper mine, in the Chingola district, in Zambia. The appellants are a group currently comprising Zambian citizens living in four communities in Chingola District. These are very poor members of rural farming communities served by streams that are the only source of water for drinking (for themselves and their livestock) and for irrigating crops. They claim that both their health and their agricultural activities have been damaged by repeated discharges of toxic substances from the Nchanga copper mine into these waterways from 2005 to today. The Nchanga copper mine consists partly of an open pit mine, said to be the second largest in the world, and partly of a deep mine. Its owner is the second defendant Konkola Copper Mines plc, a public company incorporated in Zambia. The first defendant Vedanta Resources plc is the parent company of KCM. It is the parent company of a multinational group, listed on the London Stock Exchange, with interests in the minerals, energy, oil and gas sectors on four continents. Vedanta is incorporated and domiciled in the United Kingdom. Although Vedanta says it has only 19 employees, eight of whom are its directors, the Vedanta Group employs approximately 82,000 people worldwide. KCM is not a 100% subsidiary of Vedanta, as the Zambian government holds a significant minority stake, but materials published by Vedanta state that its ultimate control over KCM should not be considered less than it would have if it were wholly owned property.

an unwritten standard of care which the Court interpreted on the basis of 14 factors, including the consequences of RDS’s CO₂ emissions, possible reduction pathways, the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs).

²⁶ *Vedanta Resources PLC and another (Appellants) v. Lungowe and others (Respondents)* [2019] UKSC 20.

²⁷ Article 4 of the Recast Brussels Regulation (Regulation (EU) 1215/2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters).

The claims against both defendants were made on the basis of a tort of negligence. These claims were made against KCM on the basis that it is the operator of the mine. As regards Vedanta, passive standing would arise from the «very high level of control and direction which it has exercised at all relevant times over the second defendant KCM's mining operations and its compliance with applicable health, safety and environmental standards».

Conversely, with reference to a proposed action of private nuisance against private individuals, i.e. companies of the Shell group, by a recent judgment²⁸ dated March 2023, the English Supreme Court appeared less sensitive – ruling on a case of extreme environmental damage – and unanimously rejected a private nuisance action in the context of a major oil spill. The question addressed was whether there was a continuing nuisance and therefore a continuing cause of action for the purposes of the running of the statute of limitations for tort of nuisance. The appellants were two Nigerian citizens, the defendants are companies within the Shell group of companies. The Bonga oil field is located approximately 120 km off the coast of Nigeria. On December 20, 2011, an oil spill lasting approximately six hours occurred at 3:00 am during a loading operation. The spill was caused by a rupture in one of the flow lines during the transfer of crude oil to a waiting tanker (the 'Bonga Spill'). It is estimated that the equivalent of at least 40,000 barrels of crude oil ended up in the ocean. The defendants would be responsible for the operation behind the Bonga Spill. It had been inferred that the oil migrated from the Bonga offshore oil field to reach the Nigerian Atlantic coast, where they say it had a devastating impact and was not removed or cleaned up. Although the defendants dispute these claims, arguing that the spill was successfully contained and dispersed offshore and had no impact on the coast, it is presumed for the purposes of this appeal that some oil reached the Nigerian Atlantic coast in the weeks of December 20, 2011. The issue of limitation arose when the claimants sought to make some changes to their claim form and claim details over six years after the Bonga Spill. The claimants argue that as long as the undue interference with their land continues, since the oil on their land has not been removed or cleaned up, there is an ongoing tort cause of action piling up by the day. After two levels of judgment, the Supreme Court unanimously rejected the appeal. Lord Burrows gives the judgment, with which Lord Reed (President), Lord Briggs, Lord Kitchin and Lord Sales agree. On the basis of this judgment it is presumed that the tort of private nuisance can be committed if the nuisance comes from the sea or is a single one-off event.

²⁸ *Jalla and or v. Shell International Trading and Shipping Co Ltd and or* [2023] UKSC 16.

The tort is committed when the defendant's activity, or a state of affairs for which the defendant is responsible, unduly interferes with (or, as has been commonly expressed, causes a substantial and unreasonable interference with) the use and enjoyment of the applicant's land. A private nuisance claim is actionable only on evidence of harm and is not actionable in itself. This requirement is satisfied by ascertaining the undue interference in the use and enjoyment of the land. This includes physical damage to the land itself and damage to buildings or vegetation growing on the land. But commonly there will be undue interference with the use and enjoyment of the land – such as the impact of noise or smell or smoke or vibration or being neglected²⁹ – despite there being no physical damage to the ground or buildings or vegetation. A continuing nuisance is in principle no different from any other tort or continuing tort. In principle, and in general terms, a continuing nuisance is one where, outside the claimant's land and usually on the defendant's land, there is a repeated activity by the defendant or an ongoing state of affairs for which the defendant is responsible which causes continuing undue interference with the use and enjoyment of the plaintiff's land. For ongoing annoyance, the interference may be similar on each occasion, but the important point is that it continues day after day or on another regular basis. So, for example, smoke, noise, smells, vibrations and prying eyes are ongoing nuisances where such interference continues regularly. The cause of action then accrues again on an ongoing basis. Applying the relevant principles to the facts of the case, the appellants' argument that a continuing nuisance exists, because on the alleged facts the oil is still present on their land and has not been removed or cleaned up, is rejected. The effect of granting the appellants' request would be to indefinitely extend the running of the limitation period until the land is restored.

Moving to the Dutch legal system, a favourable orientation to the recognition of State liability for environmental damages has been endorsed in the *Urgenda* case³⁰ of 2019. In fact, on 20 December 2019 the Dutch Supreme Court, the highest court of the Netherlands, confirmed the previous 1st and 2nd degree decisions in the *Urgenda* Climate case, establishing the Dutch government has the obligation to urgently and significantly reduce emissions in line with its human rights obligations.

The question addressed by the Court was whether the Dutch State is obliged to reduce, by the end of 2020, greenhouse gas emissions from

²⁹ As in *Fearn v. Board of Trustees of the Tate Gallery* [2023] UKSC 4, [2023] 2 WLR 339.

³⁰ *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, ECLI:NL:HR:2019:2007, Judgment (Sup. Ct. Neth. Dec. 20, 2019) (Neth.).

Dutch soil by at least 25% compared to 1990, and whether the courts can order the State to do so.

Urgenda asked for a Court order directing the State to reduce greenhouse gas emissions so that, by the end of 2020, those emissions have been reduced by 40%, or at least 25%, compared to 1990.

In 2015, the District Court granted Urgenda's request, meaning the State was ordered to reduce emissions by the end of 2020 by at least 25% compared to 1990. In 2018, the Court of Appeal upheld the District Court's ruling. The State appealed the Court of Appeal's decision in the final instance, raising a large number of objections.

The Supreme Court concludes that the State's appeal must be rejected. This means that the order issued by the District Court against the State and affirmed by the Court of Appeals, directing the State to reduce greenhouse gases by the end of 2020 by at least 25% compared to 1990, will remain a final order it will be a definitive order³¹.

Both Urgenda and the State share the climate science view that there is a real threat that the climate will undergo dangerous change in the coming decades. Climate science and the international community largely agree on the presence of this threat. The emission of greenhouse gases, including CO₂, is leading to a greater concentration of these gases in the atmosphere. These greenhouse gases trap heat radiated from the Earth. As an ever-increasing volume of greenhouse gases has been emitted over the past century and a half since the start of the industrial revolution, the Earth is becoming increasingly hotter. This will put at risk the lives, well-being and living environment of many people around the world, including in the Netherlands.

Each country is therefore responsible for its own part. This means that a country cannot escape its share of responsibility for taking measures by arguing that, compared to the rest of the world, its emissions are relatively limited and that reducing its emissions would have minimal impact on a global scale. The State is therefore obliged to reduce greenhouse gas

³¹ Both Urgenda and the State share the climate science view that there is a real threat that the climate will undergo dangerous change in the coming decades. Climate science and the international community largely agree on the presence of this threat. The emission of greenhouse gases, including CO₂, is leading to a greater concentration of these gases in the atmosphere. These greenhouse gases trap heat radiated from the Earth. As an ever-increasing volume of greenhouse gases has been emitted over the past century and a half since the start of the industrial revolution, the Earth is becoming increasingly hotter. This will put at risk the lives, well-being and living environment of many people around the world, including in the Netherlands. Some of these consequences are already happening now.

emissions from its territory in proportion to its share of responsibility. This obligation of the State to do ‘its part’ is based on Articles 2 and 8 of the ECHR, because there is a serious risk that dangerous climate changes will occur which will endanger the lives and well-being of many people in the Netherlands.

What specifically does the State’s obligation to do ‘its part’ entail?

When giving substance to the positive obligations imposed on the State under Articles 2 and 8 of the ECHR, account must be taken of widely held scientific knowledge and internationally accepted standards. The 2007 IPCC³² report contained a scenario in which earth warming could reasonably be expected to be limited to a maximum of 2°C. To achieve this goal, developed countries, including the Netherlands, would have to reduce their emissions by 25-40% in 2020 and 80-95% in 2050 compared to 1990³³.

The State and Urgenda agree that it is necessary to limit the concentration of greenhouse gases in the atmosphere to achieve the 2°C or 1.5°C target. Their opinions differ, however, regarding how quickly greenhouse gas emissions should be reduced. Until 2011, state policy aimed to achieve a 30% emissions reduction in 2020 compared to 1990. According to the State, this was necessary to stay on a credible path and keep the 2°C goal within reach. After 2011, however, the state’s reduction target for 2020 was lowered from a 30% reduction by the Netherlands to a 20% reduction in the EU context. After the reduction to 2020, the state intends to accelerate the reduction to 49% in 2030 and 95% in 2050. These targets for 2030 and 2050 were then set in the Dutch climate law. However, the State did not explain how – and why – a reduction of just 20% in 2020 is considered responsible in the EU context, in contrast to the 25-40% reduction in 2020, which is widely supported internationally and considered necessary. Climate science and the international community agree that the longer reduction measures to reach the intended end goal

³² The IPCC (The Intergovernmental Panel on Climate Change) is a scientific body and intergovernmental organization established under the United Nations to manage climate studies and developments.

³³ At the annual climate conferences held since 2007 under the UNFCCC, almost all countries have regularly underlined the need to act according to the IPCC scenario and achieve a 25-40% reduction in greenhouse gas emissions in 2020. The scientifically supported need to reduce emissions by 30% in 2020 compared to 1990 has been expressed on several occasions by and in the EU. Furthermore, since 2007 a widely shared view has emerged that, to be safe, earth’s warming must remain limited to 1.5°C, rather than 2°C. The 2015 Paris Agreement therefore expressly states that states must strive to limit warming to 1.5°C. This will require an even greater reduction in emissions than previously assumed.

are postponed, the more extensive and costly they will become. The postponement also poses a greater risk of abrupt climate change as a tipping point is reached. In light of this generally shared view, it was up to the State to explain that the acceleration of the proposed reduction after 2020 would be feasible and sufficiently effective to achieve the objectives for 2030 and 2050, and therefore to keep the target within reach of 2°C and 1.5°C. The state, however, did not do this.

The Court of Appeal was therefore entitled to rule that the State must respect the objective, deemed necessary by the international community, of a reduction of at least 25% in 2020. The state argued that it is not up to the courts to undertake the policy considerations necessary for a decision on reducing greenhouse gas emissions. In the Dutch government system, decision-making on greenhouse gas emissions belongs to the government and parliament. They have a wide margin of discretion to make the necessary policy considerations in this regard. It is up to the Courts to decide whether, in making their decisions, the government and parliament have kept within the limits of the law by which they are bound. These limits derive, among other things, from the ECHR. The Dutch Constitution provides that the Dutch courts apply the provisions of this convention and that they do so in accordance with the interpretation of the European Court of Human Rights. The Court of Appeal held that the State policy regarding the reduction of greenhouse gases obviously does not satisfy the requirements of Articles 2 and 8 of the ECHR for the adoption of appropriate measures to protect the residents of the Netherlands from dangerous climate change. Furthermore, the order that the Court of Appeal gave to the State was limited to the lower limit (25%) of the internationally approved minimum necessary reduction of 25-40% in 2020. The issued order leaves it up to the State to determine what specific measures to take to comply with this order. If legislative measures are necessary to achieve such compliance, it is up to the State to determine what specific legislation is desirable and necessary.

Finally the Dutch Supreme Court stated that the order which the District Court gave to the State, confirmed by the Court of Appeal, committing the State to reduce greenhouse gases by the end of 2020 by at least 25% compared to 1990, will be left in place. On the basis of Articles 2 and 8 of the ECHR, the State is obliged to implement such a reduction, due to the risk of dangerous climate changes which could have a serious impact on the lives and well-being of residents in the Netherlands.

4. Conclusive remarks

Reflecting on the liability of the State for environmental damage in connection with the protection of human rights brings to the surface the debate on the punitive³⁴ function of civil liability – alongside the compensatory function – as well as the use of instruments which appear more effectively capable of deterring particularly serious conducts and at the same time capable of ensuring protection extended to all victims of the wrongdoing³⁵. In this perspective, in Italy³⁶, new insights may come from the recent class action reform³⁷ which allows persons, not only groups or associations but also single members belonging to the class, representing individual homogeneous rights to promote a class action against the wrongdoer, although it is not clear yet whether those individual homogenous rights include not only rights to health and property but also rights to a healthy and balanced environment, so that each person, individually or through associations, might promote a class action to claim reparation of environmental damage. Recognizing environmental associations the right to a class action might be very effective in the event of

³⁴ On the punitive function of environmental liability *tout court*, where compensation is not connected with the loss because it reflects the public interest that the environment shall not be contaminated, see P.G. MONATERI, *Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia*, in B. Pozzo (a cura di), *La responsabilità ambientale. La nuova direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale*, Giuffrè, Milano 2005, p. 138. See also G. VISINTINI, *Responsabilità civile e danni ambientali*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 2011, p. 1015, arguing that it is not surprising that the State has refused to give private persons (either individuals or associations) standing, given that environmental interests are not 'collective' but 'widespread', ie they do not belong to a given organised group but to the whole community of citizens.

³⁵ N. BRYNER, *A Constitutional Human Right to a Healthy Environment*, in D. Fisher (a cura di), *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 179. In the US, the success of class actions for mass torts is due to the lack of a system of public assistance, so that civil liability often turns out to be the only way for many victims to receive compensation: MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. Sacco (a cura di), *Trattato di diritto civile*, UTET, Milano 1998, p. 901.

See also Directive 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC published on 04.12.2020 in Official Journal of the European Union.

³⁶ In Italy the matter is regulated by legislative decree n. 152/2006 recently modified by Law 30 dicembre 2023, n. 214.

³⁷ Law 12 April 2019 no 31. See A.D. DE SANTIS, *The New Italian Class Action: Hope Springs Eternal*, in «Italian Law Journal», 5, n. 2, 2019, p. 757.

multiple victims of an environmental disaster. Even though the damage as a whole is high, each victim merely undergoes a minimal damage thereof, so that an individual victim is not encouraged to promote an action against the polluter given the costs of litigation³⁸.

About the nature of environmental liability, also in the light of the European legal system³⁹, it became evident that the establishment of strict liability is unanimously considered one of the most striking innovative aspects of the European regulation⁴⁰. In fact, it innovated by contemplating, as a general rule, the environmental strict liability⁴¹ as a result of the exercise of certain activities considered dangerous and potentially capable of producing damages, in which the operator will be liable, regardless of fault, in the cases expressly provided for, *i.e.* environmental damages and their imminent threat caused by any of the professional activities, which are understood to be sources of risk for people and the environment. It is undisputed that strict liability best serves the polluter pays principle. Since no proof of fault or unlawfulness on the part of the operator is required, it is easier, more efficient, and quicker to establish. It will be necessary, however, to establish the existence of a causal link between the activity in question and the environmental damage or imminent threat thereof, to which must be added the fact that the damage must obviously be capable of being evaluated⁴².

In conclusion, the brief analysis so far conducted on civil liability of the State⁴³ for environmental disasters has once again represented an

³⁸ MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 913.

³⁹ In European agenda see the communications by the EU Commission on ‘The Sustainable Europe Investment Plan’ and ‘The European Green Deal’, available at <www.ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal> accessed 9 October 2020; ‘A new Circular Economy Action Plan For a cleaner and more competitive Europe’, available at <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1583933814386&uri=COM:2020:98:FIN>>. See B. Pozzo, *Towards Civil Liability for Environmental Damage in Europe: The White Paper of the Commission of the European Communities*, in «Global Jurist [i]», 1, n. 2, 2001

⁴⁰ Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage; C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 2018, p. 852, points out that the title of Directive 2004/35/CE emphasizes the compensatory and deterrent functions of civil liability.

⁴¹ See MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 37, claiming that strict liability is the most efficient model whenever the prevention of damage is unilateral, the damages owed match the loss sustained and the role of the potential tortfeasor and the victim are known before the accident takes place.

⁴² C. ARAGAO SEIA, *Environmental Liability, Study for a Future Amendment of European Legislation*, in «Perspectives of Law and Public Administration», 12, n. 2, 2023

⁴³ K. LERNER, *Governmental Negligence Liability Exposure in Disaster Management*, in

interesting opportunity for comparison between legal systems and for reflecting on an unprecedented case of circulation of legal models which – in this specific context of environmental damage – is taking place not only between homologous formants⁴⁴ of different systems (such as the European Court of Strasbourg and the national supreme courts) but also between different formants, in particular from the judicial to the legislative one, within equally different systems. In this sense, I believe that the recent approach to environmental damage by national and supranational courts, that is increasingly incisive and shaping, can be enhanced with respect to a formant which as a result of the growing involvement of States in the responsibility for environmental damage and in the consequent positive obligations to prepare legislative measures suitable for a more effective protection of the human rights at stake – appears less and less autonomous and ‘protagonist’ compared to the past as well as more coherent with traditionally considered distant formants.

ABSTRACT

The research will explore in a comparative perspective environmental disasters litigation to examine the degree of effective protection of individuals against the States who are sued in civil liability, both in a national and supranational framework. The elements of damage being compensated in tort liability will be analyzed in each of the considered systems to analyze its amplitude and its capacity to include every kind of harm beside exploring the possibility to promote more effective judicial tools (i.e. class actions) to enlarge protection and to prevent any other attempt to human life in this sensitive area of civil liability. A particular attention will be addressed to the violation of human rights derived from environmental disasters with particular reference to art. 8 of ECHR recently enhanced by European Court of Human Rights (see 2019 Cordella v. Italy judgment), as the violation of it is considered suitable for integrating the State liability regardless of the infringement of an autonomous, clearly defined right to health, whose subsistence can aggravate State liability and extend compensation of damage while whose absence will not prevent the success of judicial action for damages. In this sense a new conception of wellness inside the art. 8 of ECHR is recognized, able to trace to the environmental contamination the infringement of the right to a peaceful life susceptible to compensation.

KEYWORDS: Environmental; Litigations; Civil Liability; Human Rights; Damage.

«Urban Lawyer», 23, n. 3, 1991, pp. 333-354.

⁴⁴ R. SACCO, *Les Buts et les méthodes de la comparaison du droit*, in *Reports Nationaux Italiens au IX Congrès International de droit comparé*, Atti del convegno (Teheran 1974), Giuffrè, Milano 1978, pp. 113–131; ID., *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino 1980; ID., *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in «American Journal of Comparative Law», 39, n. 1, 1991, pp. 343–401.

One of the emerging phenomena in contemporary societies is the blurring of the boundaries between the 'public' and the 'private' dimensions. The digital transformation is among the drivers of such a process, together with the evolution of economic and social relationships, in a context characterized by growing exchanges and cultural contaminations, as well as environmental and social emergencies. The privatisation of aspects traditionally attributed to government, along with the increasingly public characterisation of relationships previously regarded as pertaining to the private sphere, question many fields of knowledge, including the law. The once reassuring traditional legal categories are deeply affected. In particular, the always contested divide between public law and private law is nowadays more and more under stress and reveals its limited adequacy to read the legal implications of new social phenomena.

Claudia Morgana Cascione is Associate Professor of Comparative Private Law at the Department of Law of the University of Bari Aldo Moro; she obtained the national scientific qualification for the position of full professor. She teaches Comparative Private Law and Comparative Contract Law in the Master's degree courses of the Department of Law, with involvement also in doctoral and master's courses. She is a member of the editorial boards of numerous Italian and foreign scientific journals. She is the author of two monographs and about 70 publications revolving around several main themes like the relationship between public and private property and the impact of privatisation on the traditional category of public goods; fundamental rights of privacy and protection of personal data, Law of vulnerable persons and rights of the elderly.

Giorgio Giannone Codiglione is Associate Professor of Comparative Private Comparative Law at the Department of Legal Sciences of the University of Salerno and in 2020 obtained the national scientific qualification for the role of full professor. He teaches Comparative Data Protection Law, Private Law and New Technologies and Cloud Computing Law. He is also the President of the degree course in Business Law and New Technologies of the University of Salerno. He is member of the editorial boards of many scientific reviews. Several among his publications are devoted to ICT Law, Privacy and Data Protection, Copyright, Family Law, Competition, Law of Remedies and Tort Law.

Paolo Pardolesi is Full Professor of Comparative Private Law and Head of the Jonic Department in "Legal and Economic Systems of the Mediterranean: society, environment and cultures" of the University of Bari Aldo Moro. He is director of the Jonic Department series published by Cacucci and he is part of the scientific committee of numerous legal series and journals. From 2019 to 2022, he was Coordinator of the PhD in "Rights, Economies and Cultures of the Mediterranean". He currently teaches Comparative Private Law (in the Master's degree course in Law) and Economic Analysis and Intercultural Dynamics (in the degree course in Legal Sciences for Immigration, Human Rights and Interculturality). He is the author of numerous essays, articles, editorials and monographs on the subject of contracts, civil liability and economic analysis of law.

